

Oppfyllelse av reguleringsvilkår og reglene om offentlige anskaffelser

Er en utbyggingsavtale i seg selv en offentlig anskaffelse

Kandidatnummer: 595
Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17 715 ord

20.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1.</u>	<u>PRESENTASJON AV TEMA FOR OPPGAVEN.....</u>	<u>1</u>
1.1.	Innledning	1
1.2.	Problemstillingen	2
1.3.	Avgrensning	3
<u>2.</u>	<u>KILDER OG METODE.....</u>	<u>5</u>
2.1.	Innledning	5
2.2.	Plan- og bygningslovens regler	5
2.3.	Anskaffelsesreglene	6
2.3.1.	Nasjonal rett.....	7
2.3.2.	EØS-rett	8
2.3.2.1.	Innledning	8
2.3.2.2.	Primærretten.....	8
2.3.2.3.	Sekundærretten.....	9
2.3.2.4.	Tolkningsprinsipper for EU-retten	10
2.3.2.5.	Praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen	12
<u>3.</u>	<u>REGLENE OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.....</u>	<u>15</u>
3.1.	Innledning	15
3.2.	Lov om offentlige anskaffelser.....	15
3.3.	Offentlige bygge- og anleggskontrakter.....	16
3.3.1.	Innledning	16
3.3.2.	Vilkårene om hvem som må være parter	16
3.3.2.1.	Vilkåret om offentlig oppdragsgiver	16
3.3.2.2.	Vilkåret om leverandør	18

3.3.3.	Vilkåret om type arbeider	20
3.3.4.	Vilkåret om gjensidig bebyrdende forhold	23
3.3.5.	Vilkåret om skriftlig kontraktsforhold	26
3.3.5.1.	Vilkåret om skriftlighet	26
3.3.5.2.	Vilkåret om kontraktsforhold	26
3.3.5.3.	Oppsummering	28
3.3.6.	Konklusjon	28
4.	<u>REGLENE ETTER PLAN- OG BYGNINGSLOVEN</u>	29
4.1.	Innledning	29
4.2.	Krav til oppføring av teknisk infrastruktur	29
4.2.1.	Innledning	29
4.2.2.	Opparbeidingsplikten	30
4.2.3.	Kostnadsfordelingen – reglene om refusjon	31
4.2.4.	Overdragelse av anlegg til det offentlige	32
4.2.5.	Oppsummering	32
4.3.	Reguleringsbestemmelser	33
4.3.1.	Innledning	33
4.3.2.	Rekkefølgebestemmelsene	34
4.3.3.	Skranker for beslutninger om rekkefølgebestemmelser	36
4.3.4.	Oppsummering	36
4.4.	Plan- og bygningslovens regler om utbyggingsavtaler	36
4.4.1.	Innledning	36
4.4.2.	Behovet for lovregulering	37
4.4.3.	Rettslige rammer for inngåelse av utbyggingsavtaler	38
4.4.3.1.	Forutsetninger for inngåelse av utbyggingsavtaler	38
4.4.3.2.	Reglene om saksbehandling	39
4.4.3.3.	Utbyggingsavtalenes avtalevilkår	41
4.4.4.	Oppsummering	44
5.	<u>ER EN UTBYGGINGSAVTALE EN OFFENTLIG ANSKAFFELSE?</u>	45

5.1.	Innledning	45
5.2.	Oppfyller utbyggingsavtaler vilkårene til offentlige bygge- og anleggskontrakter?	46
5.2.1.	Vilkåret om hvem som må være parter.....	46
5.2.2.	Vilkåret om type arbeider	46
5.2.3.	Vilkåret om et gjensidig bebyrdende forhold	47
5.2.3.1.	Grunnlag i pengeoverføring	48
5.2.3.2.	Grunnlag i myndighetsutøvelse.....	48
5.2.3.3.	Oppsummering.....	49
5.2.4.	Vilkåret om skriftlig kontrakt	50
5.3.	Konklusjon og konsekvenser	52
5.4.	Kan anskaffelsesreglene oppfylles gjennom fullmektig?	53
<u>6.</u>	<u>ER OPPFYLLELSE AV REGULERINGSBESTEMMELSER OG OPPARBEIDING</u>	
	<u>AV TEKNISK INFRASTRUKTUR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER?</u>	<u>56</u>
6.1.	Problemstillingen.....	56
6.2.	Likheter og ulikheter i forhold til utbyggingsavtalene.....	56
6.3.	Forholdet til anskaffelsesreglenes formål	57
6.4.	Konklusjon	58
<u>7.</u>	<u>AVSLUTNING.....</u>	<u>60</u>
<u>8.</u>	<u>KILDEREGISTER OG LITTERATUROVERSIKT</u>	<u>63</u>

1. Presentasjon av tema for oppgaven

1.1. Innledning

Når et område utbygges, kan det bli nødvendig å bygge nye skoler og barnehager for å dekke velferdsbehov for de som flytter inn. Det vil også være nødvendig å bygge ut veinett, avløpssystem og drikkevannsledninger. En utbygging vil med andre ord gi behov for infrastruktur av ulike art.

I Norge er det stort sett det offentlige som har ansvaret for infrastrukturen i samfunnet. Skoler og barnehager bygges og drives for det meste i offentlig regi. Vann- og avløpssystemer eies og drives av kommunene. Tilsvarende gjelder for veiene. Slik infrastruktur er imidlertid kostbar å bygge. Men det er ikke nødvendigvis det offentlige som må gjennomføre byggingen eller ta hele kostnaden for oppføringen av de ulike infrastrukturtiltakene. Gjennom plan- og bygningslovens opparbeidingsregler og reguleringsplanenes bestemmelser og rekkefølgekrav, kan det gis pålegg og stilles vilkår for bygging som kan medføre at utbygger må bygge ut infrastrukturen for det offentlige.

For å gjennomføre slike vilkår eller pålegg, og finne en passende kostnadsdeling mellom kommunen og utbygger, kan det inngås utbyggingsavtaler. Plan- og bygningslovens § 64 definerer en utbyggingsavtale som:

”en avtale mellom kommunen og grunneier eller utbygger om utbygging av et område, som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov, og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan.”

Utbyggingsavtaler representerer en spesiell form for avtale som gjennom de senere år har vært gjenstand for mye diskusjon. I boken *Plan og bygningsrett* av Pedersen m. fl. omtales utbyggingsavtalene slik: *”Det som skiller utbyggingsavtalene fra vanlige privatrettslige avtaler, er at det gjelder verdier som ikke er gjenstand for vanlig omsetting. Den offentlige*

myndighet ikke er noe stat eller kommune fritt kan handle med. Det er likevel akseptert at det i noen grad er adgang til å bruke offentlig myndighet som et byttemiddel eller som forhandlingsressurs ved avtaleinngåelse”¹.

Når offentlig sektor skal ha utført et bygge- eller anleggsarbeid, er kontraktsinngåelsen underlagt reglene om offentlige anskaffelser. Men gjennomføres også en anskaffelse når det offentlige krever oppfyllelse av reguleringsvilkår eller når kommunen inngår en utbyggingsavtale for å tillate en utbygging. Gjennomfører for eksempel Oslo kommune en anskaffelse når den inngår en utbyggingsavtale for å gjennomføre byutvikling i Bjørvika og betaler 300 millioner kroner til utbygger som skal bygge blant annet veier, plasser og en rekke andre tiltak som så skal overføres til Oslo kommune?² Svaret på dette ikke opplagt. Kommunal- og regionaldepartementet har uttrykt en viss usikkerhet og uttalt at *”opparbeiding etter § 67 etter all sannsynlighet ikke [omfattes] av reglene om offentlige anskaffelser”³. Departementet uttalte videre at der ”plikten etter § 67 erstattes eller presiseres i avtale, blir det vanskeligere å vurdere om anskaffelsesreglene slår inn”⁴.*

I Ot.prp.nr. 22 (2004-2005) om lovregulering av utbyggingsavtaler skrev departementet på side 29 at *”det foreligger en usikkerhet om utbyggingsavtaler der grunneieren skal utføre et bygge- og anleggsarbeid, er omfattet av reglene om offentlige anskaffelser”.*

1.2. Problemstillingen

Det er denne usikkerheten som er temaet for oppgaven. Kjernen består i tre problemstillinger som kan oppsummeres slik:

- Foreligger en offentlig anskaffelse dersom utbygger oppfører teknisk infrastruktur etter opparbeidelsesreglene i plan- og bygningsloven?

¹ Pedersen m. fl. Plan og bygningsrett s. 604

² Oslo kommune, Byrådssak 207/ 2003

³ Rundskriv H-1/06 s. 21

⁴ Rundskriv H-1/06 s. 21

- Foreligger en offentlig anskaffelse dersom utbygger oppfører bygge- og anleggstiltak for å oppfylle reguleringsbestemmelser fastsatt av kommunen?
- Foreligger en offentlig anskaffelse dersom kommunen inngår en utbyggingsavtale der utbygger skal utføre et bygge- og anleggsarbeid for å oppfylle offentlige pålegg eller vilkår ?

For å kunne besvare disse spørsmålene vil det bli gitt en presentasjon av relevante regler fra plan- og bygningsretten og anskaffelsesreglens bestemmelser om offentlige bygge- og anleggskontrakter. Anskaffelsesreglene har blant annet sin bakgrunn i EØS-avtalen. Det er derfor også nødvendig med en gjennomgang av EU-reglene knyttet til denne typen anskaffelser og betydningen EU-retten har for de norske reglene. Etter dette vil de tre spørsmålene drøftes og besvares før oppgavens avsluttes med en vurdering av mulige konsekvenser av konklusjonene.

1.3. Avgrensning

Kjernen i oppgaven er anskaffelsesreglens bestemmelser om offentlige bygge- og anleggskontrakter og deres betydning for plan- og bygningsrettens regler om opparbeidelse, reguleringsbestemmelser og utbyggingsavtaler. Det er forholdet mellom de ulike reglene som vil stå sentralt, ikke særegenheter ved de enkelte bestemmelsene.

Det er offentlige bygge- og anleggskontrakter som er tema. Spørsmål knyttet til bygge- og anleggskonsepsjoner⁵ vil ikke bli berørt. Utbyggingsavtalenes avgrensning mot andre avtaleformer som OPS-avtaler⁶, blir således ikke et tema.

I forhold til opparbeidelse etter plan- og bygningsloven, er det plbl. § 67 som står sentralt. De øvrige hjemler i § 67a og § 69 vil ikke bli berørt.

⁵ Anskaffelsesforskriften § 4-1, litra f

⁶ OPS står for "offentlig-privat-samarbeid" og vil typisk gå ut på at en privat part bygger et tiltak for det offentlige mot å få hente inntektene fra tiltaket, for eksempel at det bygges en vei hvor utbygger får kreve bompenger.

WTO-avtalen om offentlige anskaffelser, *Government Procurement Agreement – GPA*⁷, som trådte i kraft 1. januar 1996 og dennes betydning for de norske anskaffelsesreglene, vil ikke bli behandlet.

EØS-rettens betydning for anskaffelsesreglene vil dreie seg om EU-reglenes betydning som rettskildefaktorer for de norske reglene. Jeg går ikke inn på spørsmålet om de norske reglene oppfyller forpliktelsene etter EØS-avtalen, men forutsetter at de aktuelle norske reglene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser er i overensstemmelse med gjeldende EU-lovgivning. Jeg legger til grunn at verdien av alle bygge- og anleggsarbeider i oppgaven overstiger de til enhver tid fastsatte terskelverdier etter reglene om offentlige anskaffelser.

⁷ Avtalen har et snevrere anvendelsesområde enn EØS-avtalen, men omfatter tilgjengelig flere stater.

2. Kilder og metode

2.1. Innledning

Oppgaven reiser spørsmål som dels er knyttet til regler om offentlige anskaffelser og dels til plan- og bygningsrettslige regler.

Jeg vil i det følgende redegjøre for rettskildegrunnlaget for henholdsvis anskaffelsesreglene og regler fra plan- og bygningsretten. Jeg vil også komme inn på tolkningsprinsipper som gjør seg gjeldende for disse.

2.2. Plan- og bygningslovens regler

Den sentrale rettskilden for anvendelse av reglene om opparbeidelse av teknisk infrastruktur, adgangen til å fastsette reguleringsbestemmelser og reglene for inngåelse av utbyggingsavtaler, er plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr 77. Plan- og bygningsloven av 1985 avløste bygningsloven av 1965. Regjeringen skrev imidlertid om forslaget til den nye loven at den ikke ville innebære ”*noe brudd med de plantyper vi har, og som til dels har lange tradisjoner i norsk forvaltning. Den planlegging som i dag skjer med hjemmel i bygningsloven vil naturlig kunne videreføres med hjemmel i den nye loven*”⁸. Forarbeider og rettspraksis knyttet til den gamle loven, kan således også ha betydning som rettskilder for gjeldende lov.

Lovregulering av den særegne avtaleformen som utbyggingsavtalene representerer, ble foreslått av regjeringen i Ot.prp.nr. 22 (2004-2005). Forut for dette hadde to offentlige utvalg levert hvert sitt forslag om lovregulering. Planlovutvalget hadde gitt sin anbefaling i NOU 2003:14 *Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II*.

⁸ Ot.prp.nr. 56 (1984-1985) s. 9

Bygningslovutvalget hadde presentert sitt forslag i NOU 2003:24 *Mer effektiv bygningslovgivning. Grunnprinsipper og veivalg. Utbyggingsavtaler*. Disse utredningene, lest sammen med proposisjonen, er sentrale for å tolke reglene om utbyggingsavtaler. Reglene er inntatt i plbl. kapittel XI a og trådte i kraft 1. juni 2006.

Gjennom Stortingets behandling av Regjeringens forslag, ble det lagt inn en sentral begrensning i adgangen til å inngå utbyggingsavtaler. Stortinget ba om et forbud, gjennom forskrift, mot å avtale oppføring av såkalt *sosial infrastruktur*⁹. Synspunktene som kom til uttrykk gjennom merknader og forslag i Innst.O.nr. 73 (2004-2005) fra kommunalkomiteen, utgjør således også en sentral rettskilde i denne sammenheng.

Boken *Plan- og bygningsrett* av Odd Jarl Pedersen m. fl. er det sentrale verket innenfor plan- og bygningsrett. Boken representerer en ikke ubetydelig rettskildefaktor og blir flittig vist til av både Høyesterett, departementer og ulike offentlige utvalg. Dette skyldes ikke minst de fem forfatternes ubestridte faglige tyngde.

Forvaltningspraksis i form av rundskriv og veiledere fra departementet blir også trukket inn og er godt egnet til å klargjøre reglenes innhold.

Plan- og bygningslovens regler om opparbeiding av infrastruktur og fastsettelse av reguleringsvilkår, innebærer beføyelser knyttet til eiers rådighet. Det følger av legalitetsprinsippet at slike innskrenkninger i eiers rådighet krever hjemmel i lov. Lovens ordlyd får således en sentral plass når det gjelder rekkevidden av reglene.

2.3. Anskaffelsesreglene

Reglene om offentlige anskaffelser har sin bakgrunn i Norges tilslutning til to internasjonale avtaler. Den ene er EØS-avtalen og den andre er WTO-avtalen om offentlige

⁹ Sosial infrastruktur defineres i Forskrift 453 av 20. april 2005 som skoler, barnehager, sykehjem eller tilsvarende.

innkjøp (Government procurement agreement – GPA-avtalen). GPA-avtalen blir som nevnt ikke behandlet nærmere i denne oppgaven.

Det er de nasjonale anskaffelsesreglene som skal anvendes i norsk rett. Men for å tolke disse reglene er det på grunn av EØS-avtalen også nødvendig å se hen til EU-rettens anskaffelsesregler. Jeg vil i det følgende redegjøre for de nasjonale reglene om offentlige anskaffelser. Jeg vil så redegjøre for EUs regler om offentlige anskaffelser og betydningen de får for de norske reglene. Jeg vil også redegjøre kort for prinsipper som gjør seg gjeldende ved tolkning av EU-regler.

2.3.1. Nasjonal rett

Den sentrale rettskilden om offentlige anskaffelser er lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser, heretter anskaffelsesloven, med tilhørende forskrift nr 402 av 7. mars 2006, heretter anskaffelsesforskriften. Anskaffelsesforskriften er fastsatt med hjemmel i lovens § 11. Det foreligger omfattende forarbeider til disse reglene. Disse vil bli trukket inn for å belyse reglenes anvendelse og rekkevidde i forhold til oppgavens tema.

Det foreligger ikke norsk rettspraksis som er egnet til å belyse reglenes forhold til plan- og bygningsloven. Jeg har heller ikke funnet praksis fra Klageorganet for offentlige anskaffelser¹⁰ om oppgavens tema.

De norske anskaffelsesreglene gjennomfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og dermed EU-rettens regler på dette området. Reglene må derfor fortolkes i lys av presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet går ut på at norske regler skal antas å være i overensstemmelse med folkerettslige forpliktelser, i dette tilfellet EØS-avtalen¹¹. Reglene i lov om offentlige anskaffelser må dermed så langt det er mulig fortolkes slik at de

¹⁰ Klageorganet for offentlige anskaffelser – KOFA - er et uavhengig klage- og tvisteløsningsorgan opprettet med hjemmel i anskaffelseslovens § 7a for å være et raskere og rimeligere alternativ til ordinær domstolsbehandling knyttet til offentlige anskaffelser.

¹¹ Sejersted m. fl. s. 141

samsvarer med forpliktelsene som følger av fellesskapsrettens lovgiving, altså EØS- og EU-rett.

2.3.2. EØS-rett

2.3.2.1. Innledning

EØS-rett og EU-rett kan omtales i samlebetegnelsen *fellesskapsrett*. Fellesskapsretten kan inndeles i primærrett og sekundærrett. Primærrett omfatter avtalene og traktatene som inngås mellom de ulike nasjonalstatene, for eksempel Roma-traktaten og EØS-avtalen. Sekundærretten er den lovgivning som skjer i fellesskapet med bakgrunn i avtalene og traktatene. Innen EU representerer *direktivene* og *forordningene* eksempler på sekundærrett.

2.3.2.2. Primærretten

EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Avtalen er inngått mellom EU-landene på den ene siden og EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein på den andre siden.

EØS-avtalen har til formål å sikre en effektiv gjennomføring av EUs såkalte *fire friheter* innenfor EØS-området. Dette betyr at det i forhold til varer¹² personer¹³, tjenester¹⁴, og kapital¹⁵, ikke skal legges hindringer for import, eksport og etablering på bakgrunn av nasjonal tilhørighet og opprinnelse. Målet er at det innenfor EØS-området skal eksistere fri flyt av varer, personer, tjenester og kapital i et marked som ikke hemmes av nasjonalstatenes grenser.

Knyttet til denne oppgaven vil det særlig være fri flyt av varer og tjenester som vil være sentralt. Etter EØS-lovens § 1 er hoveddelen av EØS-avtalen norsk lov¹⁶. Etter avtalens artikkel 3 er Norge forpliktet til å gjennomføre ”*alle generelle eller særlige tiltak*” som er

¹² EF-traktatens artikkel 28, jfr. EØS-avtalens artikkel 2, litra a

¹³ EF-traktatens artikkel 39, jfr. EØS-avtalens artikkel 2, litra b

¹⁴ EF-traktatens artikkel 49, jfr. EØS-avtalens artikkel 2, litra c

¹⁵ EF-traktatens artikkel 56, jfr. EØS-avtalens artikkel 2, litra d

¹⁶ Lov av 27. november 1992 (EØS-loven)

egnet til å oppfylle de EØS-rettslige forpliktelser. Etter avtalens artikkel 7, er Norge er forpliktet til å sørge for at norsk lovgivning og norske regler harmoniseres med EU-retten.

2.3.2.3. Sekundærretten

EU-direktivet knyttet til reglene om offentlige anskaffelser som belyses i denne oppgaven, er direktiv 2004/18/EC *On the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public services contracts*, heretter *direktivet*.

Direktivet ble fastsatt av EU-parlamentet og Det Europeiske Rådet den 31. mars 2004¹⁷.

Norge, som ikke er medlem av EU, hadde følgelig ikke noen formell rolle da EU utarbeidet dette direktivet. I tråd med forpliktelsene etter EØS-avtalen og den fastlagte prosess i EØS-komiteen, Regjeringen og på Stortinget¹⁸, ble direktivet erklært som bindende for Norge av Kongen i statsråd 8. desember 2006. Direktivet erstattet det tidligere direktiv 93/37/EØF, men i forhold til temaet for denne oppgaven, ble det ikke gjennomført vesentlige endringer.

Etter reglene i EØS-avtalens artikkel 7 litra b, kan norske myndigheter velge hvordan de vil gjennomføre direktiver i den nasjonale rettsorden. Direktiv 2004/18/EØF er gjennomført ved lov om offentlige anskaffelser¹⁹.

Valgfriheten knyttet til gjennomføring kan bidra til å skape en rekke rettslige problemstillinger. For det første kan direktiver ikke ha blitt gjennomført i nasjonal rett eller de kan ha blitt gjennomført feil. En annen mulighet er at gjennomføringen kommer i strid med en annen lov og problemet med såkalt motstrid oppstår. Problemstillinger av en slik karakter, er imidlertid ikke tema for denne oppgaven.

Spørsmålet blir snarere om tolkningen av direktivet har betydning for tolkningen av lov om offentlige anskaffelser. Om denne problemstillingen uttalte Høyesterett i Rt 2000 s. 1811, ”Finangersaken”, at ”*selv om direktiver ikke har direkte virkning, er de av betydning som*

¹⁷ Med hjemmel i EF-traktatens artikkel 47 (2), artikkel 55 og artikkel 95

¹⁸ St. prp. Nr 2 (2006-2007) og Innst. S. nr 60 (2006-2007)

¹⁹ NOU 1997 nr 21 punkt 1.1.1

tolkningsmomenter i forhold til norske lovbestemmelser”²⁰. Ved fortolkning av anskaffelsesreglene, kan dermed rettskilder fra fellesskapsretten trekkes inn som tolkningsfaktorer.

2.3.2.4. Tolkningsprinsipper for EU-retten

Spørsmålet blir hvilke prinsipper som gjør seg gjeldende når man tolker og anvender fellesskapsrettens regler. Sentralt står prinsippene om *proporsjonalitet*, prinsippet om *ikke-forskjellsbehandling* og prinsippet om *gjennomsiktighet*²¹. Om slike prinsipper bør omtales som alminnelige EU-rettslige prinsipper, og ikke bare som tolkningsprinsipper, kan diskuteres. Men prinsippene vil ha betydning for tolkningen av direktiver og for rekkevidden av anskaffelsesreglene. Andre sentrale prinsipper når man skal tolke en fellesskapsrettslig regel, er prinsippet om å sikre en *effektiv formålsgjennomføring* og prinsippet om *direktivkonform fortolkning*.

Utgangspunkt er målet om å sikre gjennomføring av de fire friheter. Men det kan tenkes forhold som må veie tyngre enn for eksempel hensynet til det frie varebyttet. Et eksempel på dette er den norske og svenske ordningen med statlig monopol på utsalg av alkoholholdig drikk av hensyn til folkehelsen og den alminnelige sunnhet. Prinsippet om *proporsjonalitet*²² anvendes i slike tilfeller for å vurdere om tiltak som modererer eller gir unntak fra de fire friheter, er et forholdsmessig inngrep ut fra de mål som skal oppnås.

I det følgende skal det kun kortfattet nevnes noen av faktorene som må vurderes. Man må undersøke om det aktuelle tiltaket er egnet til å oppnå målet som er satt. Vil det virke? Gjør det ikke det, kan det neppe ansees som forholdsmessig. Videre må tiltaket ansees som nødvendig. Det må altså ikke foreligge andre, og gjerne mindre inngripende, tiltak som kunne vært valgt i stedet. Endelig må tiltaket være begrunnet i samfunnsmessige hensyn. Et

²⁰ Rt 2000 s. 1811 på s. 1826 (Finanger)

²¹ Prinsippene om ikke-diskriminering, proporsjonalitet, og gjennomsiktighet er det eksplisitt vist til i premiss nr 2 i fortalet til direktivet

²² Prinsippet er utviklet gjennom EF-domstolens praksis. Et eksempel på prinsippet i norsk rett er for eksempel vurderingene i Innst.O.nr. 19 (2004-2005) punkt 5.1

unntak eller en omfattende moderering av de fire friheter, vil kreve et tungtveiende samfunnsmessig hensyn for ikke komme i strid med proporsjonalitetsprinsippet.

Prinsippet om *ikke-forskjellsbehandling* er traktatfestet i EF-traktaten artikkel 12 og inntatt i EØS-avtalens artikkel 4. Ulovlig forskjellsbehandling kan foreligge når like tilfeller behandles ulikt. Tilsvarende vil kunne gjelde dersom to ulike tilfeller får den samme behandling. Det er ikke noe krav om at det må foreligge forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonalitet. En hver forskjellsbehandling kan være tilstrekkelig til å komme i strid med prinsippet²³.

Prinsippet om *gjennomsiktighet*²⁴ er en forutsetning for at de to overnevnte prinsipper skal kunne etterprøves. For hvordan kan man kontrollere at det ikke foreligger forskjellsbehandling eller om det foretas uforholdsmessige inngrep, dersom det ikke foreligger åpenhet og gjennomsiktighet knyttet til de beslutninger som tas og avtaler som inngås? Gjennomsiktighetsprinsippet bidrar dessuten til åpenhet. Åpenhet bidrar til å skape tillit i forhold til markedsaktører og befolkningen generelt.

En regels *formål* og hensynet til en *effektiv gjennomføring* av dette, skal tillegges betydelig vekt når man fortolker en felleskapsregel²⁵. Formålet kommer ofte til uttrykk i *fortalene* til de ulike rettsaktene, som i norsk sammenheng kan virke fremmed. Formuleringene om *avtalepartene som tar i betraktning, bekrefter og er overbevist* om ulike forhold, kan imidlertid være viktige for å finne frem til hva som er formålet med det aktuelle direktivet. Formålsfortolkning medfører at man skal vektlegge en effektiv oppnåelse av formålet, slik det fremkommer i direktivet eller de grunnleggende traktater²⁶, når man fortolker de enkelte artikler. Dette medfører at ordlydens selvstendige betydning kan reduseres på bekostning av formålsbetraktningen²⁷. EF-domstolens praksis viser at betraktninger knyttet til formål og effektiv gjennomføring av dette, kan få betydelig gjennomslagskraft i forhold

²³ Se for eksempel C-243/89 Storebælt-dommen, premiss 33

²⁴ Direktiv 2004/18/EØF annen betraktning

²⁵ Se blant annet C-399/98 Scala premiss 52

²⁶ For eksempel Roma-traktaten

²⁷ Sejersted m. fl. s. 176 avsnitt 3

til en direktivartikkels ordlyd²⁸. Hensynet til en effektiv gjennomføring av formålet med direktivet tilsier derfor at man skal være forsiktig med å la en snevert fortolket ordlyd bli avgjørende dersom det vil kunne begrense anvendelsen av regelverket.

Prinsippet om *direktivkonform fortolkning* går ut på at en bestemmelse i et direktiv skal tolkes likt av alle stater som er forpliktet etter det. Det er to domstoler som skal sikre en slik rettsenhet. For EFTA-statene er det EFTA-domstolen og for EU-statene er det EF-domstolen. Norge tok i EØS-avtalens artikkel 6 forbehold om den fremtidige utvikling av rettspraksis. Dette forbeholdet må imidlertid tolkes ut fra lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3. Forbeholdet må også sees i lys av ODA-avtalens²⁹ artikkel 3, andre ledd, som sier at det skal tas *”tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser”*. I følge Sejersted må dette bety at det skal tas hensyn til EF-domstolens avgjørelser også fra tidsrommet etter inngåelsen av EØS-avtalen³⁰. Endelig må forbeholdet tolkes i lys av nest siste avsnitt i EØS-avtalens fortale som uttaler at avtalepartene har som mål å *”nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale”*.

2.3.2.5. Praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen

Jeg har ikke funnet at det foreligger relevant rettspraksis fra EFTA-domstolen i forhold til oppgavens problemstillinger. EF-domstolen har imidlertid behandlet noen saker vedrørende temaet. Det er særlig to dommer som berører spørsmålet om offentlige bygge- og anleggskontrakter i forhold til utbyggingsavtaler og krav fra offentlige myndigheter. Disse er Scala-dommen³¹ og Roanne-dommen³². Innledningsvis vil det bare redegjøres for sakenes faktiske side og de rettslige hovedspørsmål. Domstolens rettslige vurderinger og premisser vil bli omhandlet under de relevante punkter i de øvrige kapitlers drøftelser.

²⁸ Et illustrerende eksempel er EF-domstolens sak 43/75 *Defrenne vs Sabena*

²⁹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan (ESA) og en domstol (EFTA-domstolen)

³⁰ Sejersted m. fl. s. 110

³¹ C-399/98, avsagt 12. juli 2001 av EF-domstolens sjette avdeling

³² C-220/05, avsagt 18. januar 2007 av EF-domstolens første avdeling

Bakgrunnen for *Scala-saken* var en utbyggingsavtale fra midten av 90-tallet i Milano by. Den verdenskjente teaterbygningen Teatro della Scala i Milano trengte rehabilitering og i rehabiliteringsperioden trengte teaterkompaniet erstatningslokaler. Dette ble sett i sammenheng med ønsket om å gjennomføre en transformasjon av et gammelt industriområde i en bydel i Milano som het la Biocca. Området skulle utvikles til et moderne område for bolig og næring. Milano kommune inngikk en avtale³³ med en utbygger som skulle gjennomføre både bytransformasjonen og rehabiliteringen av teateret. Utbyggerne påtok seg å bygge de ytre deler av et nytt teater i la Biaocca-området som kunne tjene som erstatningslokaler for la Scalas teaterkompani og senere som lokalteater for den nye bydelen. Utgiftene til dette skulle så trekkes fra i et infrastrukturbidrag som italiensk plan- og bygningsrett hjemlet at Milano kommune kunne innkreve i forbindelse med utbygningen.

Utbyggingsavtalen ble angrepet med et krav om annullasjon ved en lokal domstol, blant annet begrunnet i at den var inngått i strid med Italias forpliktelser i forhold til EU-rettens krav til offentlige anskaffelser innen bygg- og anlegg. Den lokale domstolen oversendte spørsmålet om fortolkning av fellesskapsretten til EF-domstolen for en prejudisiell uttalelse.

Spørsmålet var om avtalearrangementet utgjorde en offentlig bygge- og anleggskontrakt, og om inngåelsen av denne måtte følge anskaffelsesreglenes prosedyrer. EF-domstolen besvarte spørsmålet bekreftende. Imidlertid åpnet den for at fellesskapsrettens forpliktelser kunne oppfylles ved at kommunens medkontrahent påtok seg å følge prosedyrene på vegne av det offentlige, gjennom en slags fullmakt, i sine underentrepriser knyttet til realiseringen av prosjektet.

Bakgrunnen for *Roanne-saken* var en utbyggingsavtale i Roanne kommune i Loire i Frankrike. I Roanne ønsket bystyret å gjennomføre en byfornyelse i et mindre attraktivt område av byen. Et sentralt virkemiddel i den ønskede byfornyelsen skulle være å realisere et fritidssenter med kino og næringslokaler i bydelen. Senere skulle det bygges ytterligere næringslokaler og et hotell.

³³ Milano bystyre, sak 82/96

Roanne kommune besluttet³⁴ at det skulle inngås en avtale³⁵ med det halvoffentlige selskapet SEDL (Société d'équipement du département de la Loire) hvor SEDL blant annet påtok seg og erverve eiendom, prosjektere og sørge for bygningsarbeidene for å gjennomføre oppgraderingen av området³⁶. Noen av byggene kunne de selge til tredjemenn etter at arbeidene var avsluttet. Roanne kommune skulle betale for deler av byggekostnaden, avstå noe grunn til parkering, og overta de anlegg som SEDL ikke klarte å selge når byfornyelsen var gjennomført.

Kommunestyrets beslutning ble angrepet ved en lokal domstol med krav om annullasjon. Spørsmålet var om avtalen mellom Roanne kommune og SEDL inngått i strid med Frankrikes forpliktelser i forhold til fellesskapsrettens regler om offentlige anskaffelser. Dette til tross for SEDL selv var et offentlig selskap og at SEDL hadde forpliktet seg til å skulle følge anskaffelsesreglenes prosedyrer for offentlige bygge- og anleggskontrakter ved sine underentrepriser. EF-domstolen besvarte spørsmålet bekreftende og kontraktsinngåelsen var omfattet av anskaffelsesreglene. Roanne-dommen er pr april 2007 den nyeste EF-dommen knyttet til anskaffelsesregler og offentlige bygge- og anleggskontrakter.

³⁴ Vedtak i Roanne kommunestyre 28. oktober 2002

³⁵ Avtale ble inngått 25. november 2002

³⁶ Roanne-dommen, premiss 15

3. Reglene om offentlige anskaffelser

3.1. Innledning

Offentlig sektor er en betydelig aktør i samfunnsøkonomien og disposisjonene som offentlig sektor gjennomfører, kan få stor betydning for landets økonomiske utvikling. De offentlige utgiftene utgjør nesten 50 prosent av Norges brutto nasjonalprodukt. Det er derfor nødvendig at offentlig sektor bruker sine ressurser effektivt. Utvalget som stod bak utredningen til lov om offentlige anskaffelser formulerte målet som at det er *”samfunnsøkonomisk viktig å stimulere til en effektiv offentlig anskaffelsesvirksomhet. Effektive anskaffelser innebærer at anskaffelsesprosessen bidrar til at ressursbruken både i privat og offentlig sektor blir best mulig”*³⁷.

3.2. Lov om offentlige anskaffelser

Det rettslige utgangspunkt for anskaffelsesreglene, er i lov av 16. juli 1997 nr 69 om offentlige anskaffelser, med tilhørende forskrift.

Av lovens § 1 fremgår det at formålet med loven er å sørge for at offentlige anskaffelser baseres på forretningsmessighet og likebehandling for å sikre en effektiv offentlig ressursbruk. I tillegg skal prosedyrene rundt anskaffelsene gjøre at publikum kan ha tillit til at det offentlige opptrer med integritet og bruker ressursene på beste måte. Temaet for oppgaven er som bemerket over, ikke reglene i sin alminnelighet, men betydningen for bygge- og anleggsarbeider hvor det offentlige er involvert.

Den videre fremstilling vil derfor ta utgangspunkt i lov og forskrifts bestemmelser om offentlige bygge- og anleggskontrakter.

³⁷ NOU-1997-21, punkt 4-1

3.3. Offentlige bygge- og anleggskontrakter

3.3.1. Innledning

Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 3 at reglene kan komme til anvendelse på bygge- og anleggsarbeider. Det må i så fall være bygge- og anleggsarbeider i form av en *offentlig bygge- og anleggskontakt* etter anskaffelsesforskriftens § 4-1 litra c. I anskaffelsesforskriften er vilkårene for hva som utgjør en offentlig bygge- og anleggskontrakt nærmere beskrevet.

Det er fire slike vilkår. Det første er knyttet til hvem som må være parter i forbindelse med arbeidene. Det andre vilkåret knytter seg til hva slags arbeider som skal gjennomføres. Det tredje vilkåret er at forholdet mellom partene er gjensidig bebyrdende og det fjerde vilkåret er at det må foreligge et skriftlig kontraktsforhold.

I det følgende vil det bli nærmere redegjort for vilkårene og hva som dermed skal til for at et bygge- og anleggsarbeid faller inn under reglene om offentlige bygge- og anleggskontrakter.

3.3.2. Vilårene om hvem som må være parter

Anskaffelsesforskriften stiller krav til hvem som må være avtaleparter både på den offentlige siden og på den private siden. Etter forskriftens § 4-1 litra c, omtales parten på den offentlige siden som den *offentlige oppdragsgiver*. Motparten omtales i forskriftens § 4-1 litra a, som en *leverandør*.

3.3.2.1. Vilåret om offentlig oppdragsgiver

Hvem som er en offentlig oppdragsgiver, fremgår i utgangspunktet direkte av lovens § 2 som sier at "*loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer*". Tilsvarende bestemmelse fremgår av direktivets artikkel 1-2 litra a, hvor offentlig oppdragsgiver omtales som en "*contracting authority*".

Kommunestyret og administrasjonen vil åpenbart falle inn under begrepet *kommunale myndigheter*. Imidlertid kan fristilling, privatisering eller omorganisering av kommunal forvaltning gjøre at det blir tvil om et organ eller virksomhet er å forstå som en offentlig oppdragsgiver eller ikke. Slike spørsmål avklares gjennom forskriftens bestemmelser i § 1-2 (2). Tilsvarende presisering i fremgår av direktivets artikkel 1-9.

Forskriftens § 1-2 (2) lyder

”Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

- a) som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*
- b) som er et selvstendig rettssubjekt og*
- c) som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.”*

Det er altså tre kumulative vilkår som må være tilstede for at et organ eller sammenslutning skal ansees som offentligrettslig organ i forskriftens forstand og dermed oppfylle vilkåret til å være en offentlig oppdragsgiver. Hvorvidt et organ eller sammenslutning er et selvstendig rettssubjekt og finansiert/ kontrollert av offentlige myndigheter, vil normalt ikke gi grunnlag for særlig tvil. Derimot kan det tredje vilkåret i bestemmelsens litra a kunne utgjøre et noe mer tvilsomt tolkningsspørsmål. Hva innebærer det å *tjene allmennhetens behov*? Når slutter man å tjene allmennhetens behov? Hva skal til for at en virksomhet er forretningsmessig og hvor lite eller mye penger kan en forretningsmessig virksomhet tjene?

I forarbeidene til anskaffelsesloven ble det fremhevet at man med begrepet *”allmennhetens behov tar sikte på aktiviteter som er av en slik karakter at det har vært ansett som en*

samfunnsoppgave å utføre dem”³⁸. Utvalget mente at begrepene *forretningsmessig* og *industriell* representerer aktiviteter der samfunnets interesser står svakere eller fremkommer mer indirekte enn aktiviteter som tjener allmennhetens behov. For å illustrere viste utvalget til et forhold der spørsmålet var knyttet hvordan det daværende Statkorn AS skulle klassifiseres. Selskapet skulle ivareta Norges kornforsyning, forvalte økonomiske støtteordninger og drive prisutjevning. Men selskapet skulle også tjene penger gjennom omsetting av korn i markedet. Med andre ord kunne selskapets sies både å tjene *allmennhetens interesse* og være av *forretningsmessig karakter*. Etter departementets syn måtte man i et slikt tilfelle vurdere hva som må ansees som karakteristisk for virksomheten totalt sett og hva som er formålet med virksomheten³⁹. I tilfelle med Statkorn AS kom departementet til at selskapet først og fremst skulle tjene allmennheten. Spørsmålet må imidlertid vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

EU-statene har gjennom i direktivets artikkel 1-9 siste ledd, en ordning der ulike aktører i de enkelte land kan føres opp på en liste og slik sett blir omfattet av direktivet direkte. Denne listen utgjør vedlegg 3 til direktivet⁴⁰.

Spørsmålet om vilkårene knyttet til offentlige oppdragsgivere, vil neppe komme på spissen i forhold til temaet for denne oppgaven. Oppdragsgiverne i denne sammenheng vil, som det senere vil fremgå, være slike som følger direkte av lovens § 2 ved at de nødvendigvis må være offentlige myndigheter.

3.3.2.2. Vilåret om leverandør

Etter anskaffelsesforskriftens § 4-1 litra a, må den offentlige oppdragsgivers motpart i en offentlig bygge- og anleggskontrakt være en *leverandør*. Spørsmålet er hva som skal til for å oppfylle vilåret om å være leverandør. I direktivets artikkel 1-2 litra a, omtales det offentliges motpart som en *economic operator*, altså en økonomisk aktør.

³⁸ NOU 1997 nr 21 punkt 16.1.2

³⁹ Nærings- og energidepartementet vurdering i brev av 22. november 1994

⁴⁰ For Sveriges del utgjør dette blant annet Sveriges eksportråd, ti høyskoler og Moderna museet.

I EF-domstolens behandling av Scala-saken var et av de sentrale spørsmålene nettopp hvem som må være det offentliges motpart for at reglene skulle komme til anvendelse. Saken ble avgjort etter det dagjeldende, og tidligere omtalte, direktiv 93/37/EØF hvor artikkel 1 litra a, omtalte denne parten som en *contractor*, altså en entreprenør. EF-domstolens drøftelse er til tross for nyansene i begrepsbruken i forhold til forskriften og direktivene, likevel av interesse.

Problemstillingen i Scala-saken var om entreprenørbegrepet omfattet grunneieren som etter avtalen var Milano kommunes kontraktsmotpart. Generaladvokaten for saken, Philippe, Legér, argumenterte for at vilkåret ikke kunne ansees oppfylt, og fremførte to grunnlag til støtte for sitt syn. Det første grunnlaget var at grunneieren rent faktisk ikke var en entreprenør og dermed ikke omfattet⁴¹. Generaladvokaten anførte videre at Milano kommune ikke ville ha noen rolle i avtaleforholdet mellom grunneieren og entreprenørene som skulle gjennomføre byggearbeidene. Når forholdet var slik, mente generaladvokaten at *”the grounds for applying the Directive are once again absent”*⁴². Formålet med direktivet og prosedyrene for anskaffelser, er blant annet å sikre gjennomføring av konkurranser mellom ulike tilbydere om bygge- og anleggskontrakter. Grunneieren ville i dette tilfelle måtte inngå kontrakter med entreprenører for å få utført arbeidene i avtalen. Generaladvokaten mente at fordi grunneier var en privat aktør, ville han ha en så sterk egeninteresse i gode arbeider til lav pris⁴³ at formålet med direktivet ville oppfylles gjennom grunneiers kontraktsinngåelser. Det ville bli gjennomført konkurranse som ville gi en effektiv ressursbruk og følgelig var det ikke nødvendig at Milano kommune selv fulgte anskaffelsesreglene ved sin kontraktsinngåelse med grunneier.

EF-domstolen kom imidlertid til en annen konklusjon og mente at entreprenørvilkåret var oppfylt. Den viste til en tidligere avgjørelse⁴⁴ hvor domstolen hadde kommet til at det var tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret at grunneier var i stand til å stille nødvendige garantier

⁴¹ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 89

⁴² Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 90

⁴³ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 90

⁴⁴ C-1765/98 - Holst Italia

for entreprenørenes arbeid. Domstolen formulerte at en entreprenør “*need only be able to arrange for execution of the works in question*”⁴⁵. De la med andre ord til grunn et vidt begrep. Dette synet ble forsterket i Roanne-dommen hvor domstolen uttale at “*it is irrelevant in that respect that SEDL uses subcontractors for the design and execution of the works*”⁴⁶ og konkluderte følgelig med at SEDL oppfylte vilkåret.

Ved det nye direktivet har entreprenørbegrepet blitt byttet ut med *economic operator*. Det er nærliggende å forstå dette som at EF-domstolens vide fortolkning av begrepet nå er blitt lagt inn i direktivet. Det foreligger ingen holdepunkter for at det norske begrepet *leverandør*, står i noen motsetning eller motstrid til den forståelse som fremgår av direktivet og som EF-domstolens har lagt til grunn.

Det må dermed antas at leverandørbegrepet skal forstås i en vid betydning. Det må være tilstrekkelig at man er i stand til å sørge for oppføringen av en bygning, enten selv eller ved hjelp av underentrepriser. Man må, som EF-domstolen formulert det til, bare være i stand til å “*arrange the execution of the works in question*”⁴⁷.

3.3.3. Vilkaoret om type arbeider

Etter anskaffelsesloven § 3 kommer reglene til anvendelse på *anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider*.

I anskaffelsesforskriftens § 4-1 litra c, er det gitt en nærmere definisjon av en offentlig bygge- og anleggskontrakt og hva slags type arbeider som omfattes. Det er krav etter forskriften at kontrakten “*omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og*

⁴⁵ Scala-dommen, premiss 90

⁴⁶ Roanne-dommen, premiss 44

⁴⁷ Scala-dommen, premiss 90

teknisk funksjon". Bestemmelsene svarer til direktivets artikkel 1-2 litra b. Kravet til type arbeider består dermed av ett grunnvilkår og to alternative tilleggsvilkår.

Grunnvilkåret går ut på at byggearbeidene resulterer i et tiltak som har en økonomisk og teknisk funksjon. De fleste byggearbeider vil normalt oppfylle et slikt krav og sett i relasjon til temaet for denne oppgaven, vil man neppe stå overfor et bygge- og anleggsarbeid som ikke oppfyller dette grunnvilkåret.

Roanne-dommen viser at det ikke er et krav at tiltaket i seg selv oppfyller en økonomisk funksjon. Man kan også se hen til formålet med oppføringen av tiltaket. I Roanne-saken skulle det oppføres et fritidssenter og om dette hadde en økonomisk funksjon i seg selv kunne diskuteres. Domstolen fremhevet imidlertid at "*the construction of the leisure centre is intended to accommodate commercial and service activities, so that the agreement must be regarded as fulfilling an economic function*"⁴⁸. Dette ble ansett som tilstrekkelig og grunnvilkåret etter direktivet var dermed oppfylt.

Men kravet til oppfyllelse av en økonomisk og teknisk funksjon er i seg selv ikke tilstrekkelig. Ett av de to tilleggsvilkårene må også oppfylles. Byggearbeidene må dermed enten stå på listen over ulike byggetiltak i vedlegget til anskaffelsesforskriften eller oppfylle krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver.

I forhold til vedlegg 1 til anskaffelsesforskriften blir spørsmålet om det aktuelle bygge- og anleggsarbeidet er av en slik type som blir omtalt der. Hvis man leser dette vedlegget, er det klart at ikke mange bygge- og anleggsarbeider vil falle utenom de til dels svært vide definisjonene som der er angitt. I vedleggets punkt 2 omtales for eksempel byggearbeid som bygging av "*bolighus og andre bygninger*". I vedleggets punkt 3 eksemplifiseres anleggsarbeid som "*bygging av veier, broer, jernbaner osv*".

⁴⁸ Roanne-dommen, premiss 41

Det må antas at de fleste bygge- og anleggsarbeider dermed også vil oppfylle denne delen av forskriftens vilkår. I Scala-saken nøyde EF-domstolen seg med en kort henvisning til at oppføringen av bygget som skulle huse teateret var et slikt byggearbeid som ” *referred to in annex II in the Directive* ”⁴⁹. Annex II til dette direktivet tilsvarer annex I til dagens direktiv og altså vedlegg 1 til anskaffelsesforskriften.

Det andre tilleggsvilkåret går ut på at arbeidene må oppfylle krav fra den offentlige oppdragsgiver. Man kan tenke seg en rekke ulike typer krav. I Roanne-saken uttalte EF-domstolen kort at ” *the construction of the leisure centre must be regarded as corresponding to the requirements specified by the municipality of Roanne* ”⁵⁰ og at vilkåret var oppfylt. Hvorvidt det må ansees som et krav at kommunen også må overta tiltaket for at vilkåret skal oppfylles, er mer tvilsomt. Imidlertid kan EF-domstolens avgjørelse i Roanne-saken også belyse dette spørsmålet. I Roanne-saken var et av temaene at kommunen gjennom avtalen fikk sørget for oppføring av tiltak som den ikke selv hadde til hensikt å eie. SEDL kunne selge eller overdra slike tiltak til tredjemenn. Spørsmålet var da om et tiltak kommunen ikke skulle eie eller drive kunne sies å oppfylle et offentlig krav eller behov⁵¹? Den franske regjering og Roanne kommune argumenterte for at dette ikke kunne være tilfelle. Dermed ville ikke vilkåret være oppfylt. På den bakgrunn var avtalen heller ikke en offentlig bygge- og anleggskontrakt. EF-domstolen var imidlertid ikke enig. Domstolen viste til anførselene og uttalte at argumentet ” *cannot be accepted* ”⁵². Det avgjørende var at tiltakene ble bygget på bakgrunn av krav spesifisert av kommunen. At tiltakene så kunne overdras til andre, kunne ikke være avgjørende.

Det synes klart at vilkåret knyttet til hva slags type bygge- og anleggsarbeider som omfattes av reglene om offentlige bygge- og anleggskontrakter, har en stor rekkevidde. Det vil være tilstrekkelig at tiltaket direkte eller indirekte oppfyller en teknisk og økonomisk funksjon. I tillegg må tiltaket være oppført som følge av et kommunalt krav eller pålegg

⁴⁹ Scala-dommen, premiss 60

⁵⁰ Roanne-dommen, premiss 42

⁵¹ Roanne-dommen, premiss 33

⁵² Roanne-dommen, premiss 35

eller det må falle inn under en av de vide kategoriene av arbeider som er opplistet i vedlegg 1 til anskaffelsesforskriften.

3.3.4. Vilåret om gjensidig bebyrdende forhold

Etter anskaffelsesforskriftens § 4-1 litra a, er det et vilkår at en avtale må være gjensidig bebyrdende for at den skal utgjøre en offentlig bygge- og anleggskontrakt.

Gjensidighetskravet fremgår også av direktivets artikkel 1-2 litra a. I den danske versjonen av direktivet fremgår det avtalen må være ”*gensidigt bebyrdende*”. I den engelske versjonen brukes imidlertid et noe annet begrep. Der er kravet at avtalen må være av ”*pecuniary interest*”. *Pecuniary interest* må oversettes til norsk som *pekuniær interesse*. Ordet pekuniær kommer fra det latinske *pecunia* som betyr penger. Med denne forståelsen kunne man anta at avtalen må være av *pengemessig* eller *økonomisk* betydning for å oppfylle vilkåret. *Pekuniær interesse* og *gjensidig bebyrdende* er ikke uten videre det samme. En naturlig språklig forståelse vil være at *pekuniær interesse* er et noe snevrere, men mer spesifikt begrep enn *gjensidig bebyrdende*. Spørsmålet blir da hvordan innholdet i gjensidighetsvilkåret skal forstås og hvilken betydning det får for fortolkningen av den norske anskaffelsesforskriften. Må det foreligge økonomiske ytelser eller vil også ytelser av ikke-økonomisk art kunne omfattes?

Det første som må avklares, er et spørsmål av metodisk art. Hva gjør man når ulike språkversjoner av samme EU-lovgiving tilsynelatende ikke har samme meningsinnhold? Utgangspunktet er at alle språkversjoner av EUs rettsakter er autentiske⁵³. Det er med andre ord ikke én oversettelse som skal tolkes og anvendes, mens de øvrige er hjelpemidler til fortolkningen. Dette i motsetning til for eksempel EMK⁵⁴ hvor den engelske versjonen er autentisk, mens den norske versjonen kun skal anvendes som et hjelpemiddel til fortolkningen.

⁵³ EF-traktaten, artikkel 3-14

⁵⁴ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

For å avklare meningsinnholdet, kan man vurdere flere språkversjoner av direktivet. Den tyske versjonen gir uttrykk for at kontrakten må være ”*entgeltlichen*”. Dette begrepet er vanskelig å oversette presist til norsk, men det synes klart det knytter seg til betaling eller et spørsmål om penger, *geld*=penger. I direktivets italienske versjon, må kontraktene være *a titolo oneroso*. Dette begrepet må forstås som at kontraktene må være *gjensidig bebyrdene* (*oneri* = byrde) og det gir ingen indikasjon på at det må være involvert penger eller betaling. Meningsinnholdet vil dermed ikke kunne avklares gjennom en språklig fortolkning alene.

Spørsmålet er imidlertid behandlet i EF-domstolen, blant annet i Scala-saken og Roanne-saken. I Scala-saken var fortolkningen av dagjeldende direktivs gjensidighetskrav⁵⁵ et av de helt sentrale spørsmålene. Problemstillingen var at italiensk plan- og bygningsrett åpnet for to muligheter knyttet til kostnadene og oppføringen av infrastrukturtiltakene som skulle utføres i la Biocca. Milano kommune kunne bygge dem og så kreve grunneier for et infrastrukturbidrag. Den andre muligheten var at grunneier kunne utføre hele eller deler av arbeidene og få fradrag for utgiftene i infrastrukturbidraget til kommunen. I utbyggingsavtalen som var inngått var det som kjent fradragsmuligheten som ble valgt.

Generaladvokaten i Scala-saken argumenterte for at gjensidighetsvilkåret ikke var oppfylt. Han var i tvil om direktivets regler i det hele tatt kunne komme til anvendelse på utbyggingsavtalen som var inngått og tok utgangspunktet i formålet med direktivet. Dette ble formulert som å “*eliminate discriminatory practices on the part of contracting authorities*”⁵⁶. Hele poenget med reglene var å forhindre Milano kommune å opptre diskriminerende overfor ulike aktører. Men Milano kommune skulle ikke yte noe direkte økonomisk vederlag til tiltakshaver for byggearbeidene⁵⁷ og dermed var faren for diskriminering i strid med direktivet og EU-rettslige prinsipper ikke til stede.

Generaladvokaten anførte i stedet at “*by not playing any part in financing the works, in the case of direct execution 'by way of set-off' [fradrag], the municipality cannot be regarded*

⁵⁵ Direktiv 93/37/EØF artikkel 1-a, litra a

⁵⁶ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 93

⁵⁷ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 101

as favouring the operator to whom it awards a contract in a case where the Directive is not applied”⁵⁸. Generaladvokaten oppsummerte sitt resonnement mot at vilkåret var oppfylt ved følgende regnestykke: Når teateret er bygget, har kommunens formue økt med verdien av teateret, uten at kommunen har hatt noen utgifter. Grunneiers formue har blitt redusert med tilsvarende beløp, men har ikke mottatt noen betaling for dette, utover å slippe å betale infrastrukturbidrag⁵⁹.

EF-domstolen aksepterte ikke dette synet og kom til at vilkåret var oppfylt⁶⁰. Premissene i dommen kunne med fordel være noe mer omfattende og klargjørende, men det utslagsgivende resonnementet ser ut til å ha vært følgende: Ved at Milano kommune aksepterte at tiltakshaver bygget infrastrukturen selv, fremfor å betale et kontantbidrag til kommunen⁶¹, har Milano kommune frafalt et krav⁶². Å frafalle et krav er tilstrekkelig for at vilkåret etter artikkel 1-2 litra a, er oppfylt. Domstolen stilte med andre ord ikke noe krav om at det måtte finne sted noen overføring av penger for at vilkåret skulle oppfylles, men at det kunne være tilstrekkelig at kommunen utøvet sin myndighet på en bestemt eller fordelaktig måte. Det er heller ikke tvilsomt at Milano kommunes frafall av bidragskravet faktisk hadde en økonomisk verdi, selv om det kan innvendes at denne verdien utgjorde null hvis man motregner mot utgiftene til oppføringen av tiltakene for grunneiers regning.

I Roanne-dommen ble forståelsen av dette vilkåret ytterligere klargjort. Det må påpekes at Roanne kommune rent faktisk skulle bidra økonomisk med overføringer til SEDL for gjennomføringen av avtalen. Men både generaladvokaten, J. Kokott, og EF-domstolen uttrykte seg bredere og mer generelt om forståelsen av gjensidighetskravet.

Generaladvokaten anførte at formålet med direktivet var å åpne *“the markets in the field of public works contracts and contributing towards the attainment of freedom of establishment and freedom to provide services in that field”*⁶³. Dette medførte etter hans

⁵⁸ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse premiss, 103

⁵⁹ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 101

⁶⁰ Scala-dommen, premiss 86

⁶¹ Scala-dommen, premiss 81

⁶² Scala-dommen, premiss 84

⁶³ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse, premiss 57

syn at begrepet ”*pecuniary interest is to be interpreted broadly*”⁶⁴. En slik vid fortolkning måtte videre innbefatte “*not only consideration in money but also any form of obligation which the contracting authority enters into in return for the execution of the work*”⁶⁵. EF-domstolen kom til at ”*it is clear that the agreement was concluded for pecuniary interest*”⁶⁶ og viste tillegg til sin konklusjon i Scala-saken.

Gjensidighetsvilkåret må antas å være oppfylt dersom det inngås en avtale som medfører at det skal overføres penger og verdier mellom avtalepartene. Men vilkåret må også oppfylles på andre måter enn at ved at det ytes vederlag mellom partene. Forpliktelser av en ikke-økonomisk karakter vil også kunne oppfylle gjensidighetskravet. I denne sammenheng vises til den senere drøftelse av forståelsen og rekkevidden av gjensidighetsvilkåret i kapittel 5.2.3 i oppgaven.

3.3.5. Vilåret om skriftlig kontraktsforhold

Kravet til skriftlig kontrakt, er i realiteten to vilkår. For det første må det foreligge skriftlighet i mellom partene, men partsforholdet må for det andre kunne omtales som et kontraktsforhold.

3.3.5.1. Vilåret om skriftlighet

Skriftlighetsvilkåret fremgår av forskriftens § 4-1 litra a som stiller krav om at det foreligger en avtale *som inngås skriftlig*. Direktivet inneholder tilsvarende krav i artikkel 1-2 litra a, ved kravet om at avtalen må være inngått *in writing*. Å avklare om dette vilkåret er oppfylt, vil normalt by på få faktiske eller rettslige utfordringer. Eventuelle unntak og tvilstilfeller vil ikke bli behandlet i det følgende⁶⁷.

3.3.5.2. Vilåret om kontraktsforhold

Spørsmålet tolkningen av *kontraktsbegrepet* var sentralt i Scala-saken og igjen var generaladvokaten og domstolen uenige. Generaladvokaten påstod at vilkåret ikke var oppfylt.

⁶⁴ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse, premiss 57

⁶⁵ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse, premiss 57

⁶⁶ Roanne-dommen, premiss 44

⁶⁷ Se for øvrig nærmere om dette i oppgavens kapittel 5.2.4

Han anførte at selv om partene riktig nok hadde underskrevet en kontrakt, utgjorde dette likevel ikke et *kontraktsforhold*⁶⁸ i direktivets forstand. Grunnen til det var at det i avtaleforholdet ikke forelå noen mulighet for Milano kommune til å velge medkontrahent. En slik valgmulighet var etter generaladvokatens syn en forutsetning for at avtalen kunne ansees som en kontrakt i direktivets forstand og dermed oppfylle vilkåret. Generaladvokaten fremhevet at italiensk plan- og bygningslovgivning lovbestemte at grunneier måtte være kommunens avtalepart. Kommunen måtte på denne bakgrunn inngå sin avtale med grunneieren. Den såkalte *kontrakten*, som etter Légers syn slett ikke var noen kontrakt, kunne derfor ikke sees på som annet enn planer eller gjennomføringsbestemmelser for hvordan arbeidene skulle utføres, hvem som skulle gjøre hva og når arbeidene skulle være ferdige⁶⁹.

Generaladvokaten viste også til at inngåelsen av slike avtaler ikke utgjorde noen fare for en slik forskjellsbehandling og diskriminering som direktivet hadde til formål å forhindre. Dersom det ikke kunne påvises en reell fare for diskriminering, skulle heller ikke direktivets regler anvendes. Generaladvokaten hevdet at “*the procedural formalities of Community law on public contracts are justified only if the contracting authorities enjoy a degree of latitude in appointing economic operators*”⁷⁰. En slik valgfrihet var ikke til stede og generaladvokaten kom dermed til at det ikke var et kontraktsforhold i direktivets forstand.

Domstolen kom imidlertid til en annen konklusjon. Den ga generaladvokaten rett i at det ikke forelå noen valgmulighet for kommunen til å velge sin medkontrahent. Men domstolen fulgte ikke generaladvokaten i konklusjon. Domstolen skrev i stedet at “*it does not follow that the relationship between the authorities and the developer does not constitute a contract*”⁷¹. Nettopp det forhold at avtalen fastla hvilke arbeider som skulle utføres, hvem som skulle stå for dem og forpliktelsene som fulgte av dette, gjorde at avtalen var en kontrakt i direktivets forstand. Vilkaåret etter direktivets artikkel 1 litra a, om et kontraktsforhold var dermed oppfylt⁷².

⁶⁸ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 67

⁶⁹ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 67

⁷⁰ Generaladvokat Legérs forslag til avgjørelse, premiss 77

⁷¹ Scala-dommen, premiss 72

⁷² Scala-dommen, premiss 74

3.3.5.3. Oppsummering

Dersom det foreligger en skriftlig avtale mellom en oppdragsgiver og en leverandør, må det antas at det skal mye til for at vilkåret om skriftlig kontraktsforhold ikke skal være oppfylt. En avtale som beskriver partenes forpliktelser og rettigheter, må antas å være tilstrekkelig. Dette vil være tilfelle også om innholdet i avtalen bare representerer en beskrivelse av allerede eksisterende forpliktelser. Heller ikke om det foreligger noen reell valgmulighet i forhold til kontraktsmotpart vil være av avgjørende betydning for om avtaleforholdet må karakteriseres som et kontraktsforhold.

3.3.6. Konklusjon

Gjennom sine behandlinger av Roanne-saken og Scala-saken har EF-domstolen anvist en metode for å undersøke om et forhold utgjør en offentlig bygge- og anleggskontrakt. I begge sakene går domstolen systematisk gjennom vilkårene i direktivet, tolker dem og anvender dem i de konkrete sakene. Det har fremgått at en avtale om utførelsen av et bygge- og anleggsarbeid er en offentlig bygge- og anleggskontrakt dersom den oppfyller vilkårene som er gjennomgått over. EF-domstolens praksis tyder på en sterk vektlegging av formålet med regelverket. Kontrakter om bygge- og anleggsarbeider der offentlige myndigheter har en rolle, skal følge anskaffelsesprosedyrene. Det må antas at de færreste avtaler hvor det offentlige er part vil kunne gå klar av reglene. Vilårene må hver for seg og samlet sett måtte tolkes vidt og utvidende, for å oppnå formålet om å åpne den offentlige bygge- og anleggsvirksomheten for konkurranse.

Ved tolkning og anvendelsen av de norske reglene, må EF-domstolens fortolkning være en sterk tolkningsfaktor. Det må derfor antas at også de norske reglene må tolkes vidt og utvidende for at slik at færrest mulig bygge- og anleggskontrakter med offentlig engasjement kan unntas fra anskaffelsesreglenes prosedyrer.

Betydningen av dette og konsekvenser det kan gi, vil være tema senere i kapittel 5 i oppgaven.

4. Reglene etter plan- og bygningsloven

4.1. Innledning

Formålet med plan- og bygningsloven fremgår av § 2. Planleggingen skal legge til rette for en samordnet bruk og vern av ressurser, muliggjøre utbygging og legge til rette for at arealbruk og bebyggelse blir ”*til gagn for den enkelte og samfunnet*”.

Oppgavens tema er å vurdere om opparbeiding av teknisk infrastruktur, oppfyllelse av reguleringsvilkår eller inngåelse av utbyggingsavtale rammes av reglene om offentlige anskaffelser. I det følgende vil det derfor bli gitt en oversikt over plan- og bygningslovens regler knyttet til opparbeiding av teknisk infrastruktur. Deretter vil det bli gitt en oversikt over reglene knyttet til reguleringsbestemmelsene i den utstrekning disse kan ha betydning i forhold til anskaffelsesreglene. Endelig vil det gjort greie for det rettslige grunnlaget for inngåelse av utbyggingsavtaler.

4.2. Krav til oppføring av teknisk infrastruktur

4.2.1. Innledning

For at en tomt kan bebygges, forutsetter plan- og bygningslovgivningen at tomten utstyres med teknisk infrastruktur i form av vei, vann og avløp. Vei, vann og avløp utgjør det som tradisjonelt omtales som *teknisk infrastruktur*. Regelverket om opparbeiding av teknisk infrastruktur består av fire elementer. Det første er at det stilles krav, det andre er hvilke krav, det tredje er kostnadsfordelingen og det fjerde er det offentliges rett og plikt til å overta anleggene.

Plan – og bygningslovens § 65 første ledd, forutsetter at vannforsyning må være på plass før bebyggelse. Tilsvarende forutsetning knyttet til avløpssystem følger av plbl. § 66 andre ledd. Kravet til vei og adkomst følger av plbl. § 66 første ledd.

4.2.2. Opparbeidingsplikten

Bestemmelsene i plbl. §§ 65 og 66 forutsetter at teknisk infrastruktur skal være opparbeidet før bebyggelse kan skje. Det er imidlertid plbl. § 67 som er hjemmel for at den tekniske infrastrukturen blir opparbeidet av utbygger. Bestemmelsen konkretiserer også de krav som kan stilles for opparbeidelse av de ulike tiltakene. Plbl. § 67 nr 1 litra a, andre punktum, sier at det kan kreves opparbeidelse av vei på inntil 10 meter. I mange tilfeller vil det også kunne kreves opparbeidelse av vei på inntil 20 meter etter plbl. § 67 nr 1 litra a, siste punktum⁷³. Plbl. § 67 nr 1 litra b, stiller krav om diameter på inntil 305 millimeter i avløpsledningene. Plbl. § 67 nr 1 litra c, krever vannledninger på maksimalt 150 millimeter i diameter.

Spesifikasjonene som er angitt i plbl. § 67 gir de absolutte rammer for hva som kan kreves opparbeidet⁷⁴. Kommunen kan ikke kreve en bredere vei enn de 10 eller 20 meterne som følger av bestemmelsene i loven. Dette gjelder selv om kommunen skulle ha regulert veien bredere i reguleringsplanen. Samtidig vil reguleringsplanen i seg selv kunne representere en grense for hva som kan kreves opparbeidet. Opparbeidingsplikten går ikke lenger enn reguleringsplanen. Er veien regulert med en bredde på fem meter, kan kommunen ikke med hjemmel i § 67 kreve opparbeidelse på 10 meter⁷⁵.

Plbl. § 67 nr 3 gir kommunen anledning til å fastsette nærmere regler for selve utførelsen av opparbeidningen av den tekniske infrastrukturen. Dette medfører at det kan gis vedtekter om standarder i form av veinormer og vann- og avløpsnormer. Slike kommunale vedtekter må imidlertid være saklig begrunnet. Et forhold som kan kaste lys over om saklighetskravet er oppfylt, er om kommunen forskjellsbehandler tiltak den selv oppfører i forhold til tiltak som private må opparbeide. Stiller kommunen en type krav til seg selv, men andre,

⁷³ Dette gjelder boligreguleringer med blokker på minst fire etasjer, eller reguleringer der bebyggelsen ikke bare skal avsettes til boligformål.

⁷⁴ Departementets rundskriv H-1/06 s. 10

⁷⁵ Departementets rundskriv H-1/06 s. 14

strengere og mer kostbare krav til private utbyggere? I departementets rundskriv eksemplifiseres dette med at det ikke kan stilles krav til veibelysning ved privat opparbeidelse etter regelverket dersom kommunen ikke stiller det samme kravet til seg selv når kommunen bygger slike tiltak⁷⁶.

Opparbeidingsplikten er en forpliktelse som følger direkte av loven. Det stilles derfor ikke prosessuelle krav til at kommunen må utferdige pålegg for at plikten skal inntre.

4.2.3. Kostnadsfordelingen – reglene om refusjon

Refusjonsreglene hører ikke inn under denne oppgaves kjerneområde og det vil ikke bli gitt noen uttømmende fremstilling av det til dels teknisk kompliserte regelverket om dette⁷⁷. Refusjonsreglene henger imidlertid nøye sammen med reglene om opparbeiding som er et tema for oppgaven. Derfor er det derfor nødvendig med en kort oversikt også over refusjonsreglene.

Utgangspunktet for refusjonsreglene er at å oppføre tekniske infrastruktur for en eiendom, kan ha positiv innvirkning på verdien til en annen eiendom. Ut fra rettferdighetshensyn er det derfor rimelig at grunneiere som får del i en verdistigning som følge av andres bygging av infrastruktur, må bidra til å dekke utgiftene til dette. Prinsippet om at eiere av tilstøtende eiendommer må bidra ved opparbeidelse, har vært anerkjent i norsk rett i lang tid. Allerede i Christianialoven av 1827 forutsatte for eksempel at veigrunn måtte avgis vederlagsfritt av grunneiere som bebygget sin tomt⁷⁸.

Hjemmelen for å kreve refusjon står i plbl. § 46 nr 1 som sier at *”den som har lagt, omlagt eller utvidet godkjent offentlig veg eller godkjent offentlig anlegg for transport av vann eller avløpsvann, kan kreve sine utlegg refundert etter reglene i denne lov”*.

⁷⁶ Departementets rundskriv H-1/06 s. 11

⁷⁷ For en nærmere beskrivelse av refusjonsreglene henvises til Pedersen m. fl. s. 480 flg.

⁷⁸ Pedersen m. fl. s. 575

De øvrige bestemmelsene i kapittel IX forklarer så hvordan refusjonskravet skal beregnes ved en oversikt over hvilke utgifter som kan kreves refundert (§ 48), hvilket areal som skal tas med i beregningen (§ 49), hvordan de ulike faktorene skal vektlegges (§ 50) og prosessuelle bestemmelser.

Refusjonsreglene har betydning for opparbeidingsplikten og de ytre rammene for denne. Etter plbl. § 46 nr 1 annet punktum er et refusjonskrav fremmet av en privat utbygger *”betinget av at tiltaket er pålagt i medhold av § 67”*. Refusjonsreglene innebærer dermed også en skranke i opparbeidingsplikten. Det kan ikke stilles større krav etter plbl. § 67 enn den som kan kreves i refusjon etter plbl. § 46 nr 1.

4.2.4. Overdragelse av anlegg til det offentlige

Når infrastrukturtiltakene er oppført skal de over i offentlig eie og drift. Dette fremgår av plbl. § 67 nr 4 som sier at tiltakene *”holdes ved like av kommunen fra det tidspunkt anlegget er ferdig og godkjent, og tilfaller da kommunen uten vederlag”*. Overtagelsen skal forstås som en rett for kommunen og i utgangspunktet også som en plikt⁷⁹. Med overtagelsen følger også forpliktelsen til å drive og vedlikeholde anleggene.

4.2.5. Oppsummering

Under gjennomgangen av opparbeidelsesreglene, har det fremgått hva som skal forstås som teknisk infrastruktur, og at det er et krav etter plan- og bygningsloven at den må opparbeides for at et område kan bebygges. Gjennom opparbeiding oppføres infrastruktur etter krav fra det offentlige og infrastrukturen overdras til det offentlige. Er opparbeiding dermed en anskaffelse? Dette vil bli temaet i kapittel 6 senere i oppgaven.

⁷⁹ Rundskriv H-1/06 s. 18

4.3. Reguleringsbestemmelser

4.3.1. Innledning

Gjennom opparbeidingsreglene i plbl. § 67, må utbygger sørge for oppføring av vei, vann og avløp for å bebygge av et område. Men utbygger kan også måtte sørge for oppføring av andre tiltak for å få anledning til å bygge. Et virkemiddel kommunen kan benytte, er adgangen til å gi reguleringsbestemmelser i form av rekkefølgekrav. Det er adgangen til å gi slike bestemmelser som er tema for det følgende. Senere, i kapittel 6, skal oppfyllelse av rekkefølgebestemmelsene vurderes i forhold til anskaffelsesreglene.

Kommunens vedtak i en reguleringssak har to bestanddeler, jfr. plbl. § 22. Den ene delen er plankartet som angir arealbruken av området. Arealbruken knytter seg til en eller flere av de åtte arealbrukskategorier som fremgår av plbl. § 25. Eksempler på slike arealbrukskategorier er byggeområder, landbruksområder eller friområder. Den andre delen av reguleringsvedtaket er reguleringsbestemmelsene. Reguleringsbestemmelser kan fastsette nærmere vilkår knyttet til tiltak som reguleringsformålet åpner for. Reguleringsbestemmelsene griper således inn i eiers rådighet over sin eiendom, og må følgelig ha hjemmel⁸⁰. Denne hjemmelen følger av plbl. § 26.⁸¹

Plbl. § 26 gir kommunen betydelige styringsmuligheter over bebyggelsen og utviklingen av et område. Med hjemmel i plbl. § 26 kan det gis bestemmelser om bruk og utforming av arealer og bestemmelser som setter vilkår eller forbud mot en bestemt bruk. Kommunen kan blant annet stille estetiske krav, gi bestemmelser om byggenes høyder, stille krav knyttet til naboskap og naturverninteresser⁸². I forhold til temaet for denne oppgaven, er det imidlertid de såkalte *rekkefølgebestemmelsene* som står sentralt. Dersom utbygger oppfører et bygg for å oppfylle et rekkefølgekrav, kan anskaffelsesreglene slå inn. Det er derfor det

⁸⁰ Pedersen m. fl. s. 401

⁸¹ Adgangen følger også av den ulovfestede vilkårlæren, men denne vil ikke bli behandlet nærmere i denne oppgaven

⁸² For en nærmere beskrivelse av plbl. § 26, henvises til Pedersen m. fl. s. 401 flg.

rettslige grunnlaget for rekkefølgebestemmelsene som blir prioritert i det følgende. Den øvrige rekkevidde av plbl. § 26, blir ikke behandlet.

4.3.2. Rekkefølgebestemmelsene

Adgangen til å gi rekkefølgebestemmelser i en reguleringsplan følger av to lovhjemler. Det første følger implisitt av plbl. § 26 første ledd, andre punktum, som åpner for å fastsette vilkår for bruk av bygg eller arealer. Det andre grunnlaget følger direkte av plbl. § 26 første ledd, tredje punktum, som sier at *”det kan påbys særskilt rekkefølge for tiltak etter planen”*.

Pedersen m. fl. fremhever at kommunen med hjemmel i plbl. § 26 første ledd, andre punktum, kan vedta rekkefølgekrav om at *”tekniske innretninger som veiforbindelser, skoleutbygging og annen infrastruktur er etablert, før det kan settes i gang utbygging av et boligområde”*⁸³. Tilsvarende kan også kreves etter plbl. § 26 første ledd, tredje punktum. Hva som egentlig utgjør forskjellen mellom de to bestemmelser, kan synes uklart. Pedersen m. fl. hevder bestemmelsene *”dekker langt på vei det samme”*⁸⁴. En forskjell er antagelig at hjemmelen i tredje punktum er mer korrekt å anvende enn andre punktum, dersom kommunen ved en større utbygging vil styre at et av boligfeltene bebygges før et annet. Pedersen m. fl. skriver at plbl. § 26 første ledd, tredje punktum, gir anledning til å bestemme *”rekkefølge for utbygging av byggeområder innenfor planområdet”*⁸⁵. Om rekkefølgebestemmelser gis etter den ene eller andre hjemmel, har uansett neppe noen betydning generelt eller i forhold til anskaffelsesreglene.

Et mer sentralt spørsmål er betydningen av et rekkefølgekrav. Man kan tenke seg følgende situasjon. En tiltakshaver har gjort alt som skal til for å realisere et bygg på en tomt han eier. Vei, vann og kloakk er opparbeidet og bygget er prosjektert og planlagt innenfor reguleringsplanens høydebegrensinger, volum, og byggegrenser. Det er heller ikke behov for noen dispensasjoner etter plbl. § 7. Utgangspunktet er at da at kommunen skal gi prosjektet de nødvendige tillatelser i form av rammetillatelse, igangsettingstillatelse og

⁸³ Pedersen m. fl. s. 405

⁸⁴ Pedersen m. fl. s. 406

⁸⁵ Pedersen m. fl. s. 406

senere brukstillatelse. En utbygger har rettskrav på å få innvilget sin søknad dersom tiltaket er innenfor plan- og bygningslovgivingens ramme⁸⁶. Det foreligger ingen diskresjonær kompetanse for kommunen til å avslå en byggesøknad ut fra andre hensyn den skulle ønske å vektlegge⁸⁷.

Men her vil rekkefølgekravene komme inn. Dette kan illustreres ved å videreføre eksempelet. I reguleringsplanen for prosjekt er det inntatt en rekkefølgebestemmelse som sier at det ikke kan gis brukstillatelse før en gangbro over jernbanen i nærheten er bygget⁸⁸. Dette kravet vil fungere som en sperre for innvilgelse av tillatelsene og en effektiv avslagshjemmel for kommunen, med mindre kommunen dispenserer fra bestemmelsen etter regelen i plbl. § 7. Dispensasjonsadgangen er et omfattende tema som ikke blir behandlet videre i denne oppgaven⁸⁹.

I en slik situasjon har utbygger i realiteten tre alternativer. Han kan vente til kommunen eller noen andre bygger broen, han kan inngå en utbyggingsavtale med kommunen om byggingen eller han kan bygge den selv. Muligheten knyttet til en utbyggingsavtale vil bli nærmere redegjort for i oppgavens kapittel 4.4.

Den første muligheten, å vente, vil sjelden være særlig attraktiv. Å sitte på en tomt, for eksempel sentralt i Oslo som ikke tillates bebygget, vil kunne medføre betydelige kapitalkostnader for utbygger. I en slik situasjon, og særlig dersom det er et stort og kostbart bygg som skal reises og rekkefølgekravet ikke er for omfattende, vil oppfylling i egen regi kunne vise seg å være økonomisk akseptabelt. Ofte vil tiltakshaver dessuten kunne oppfylle rekkefølgekravet relativt rimelig, ved at han uansett må betale arbeidskraft og kjøpe materialer til sitt eget bygg.

⁸⁶ Pedersen m. fl. s. 197

⁸⁷ Jeg ser her bort fra muligheten til å nedlegge et midlertidig bygge- og deleforbud etter plbl. § 33

⁸⁸ Illustrerende for slike krav er f. eks. byrådsak 149/06 Grefsen Stasjonsby i Oslo kommune (saken ble sendt tilbake til byrådet under bystyrets behandling, men det har ingen betydning i denne sammenheng)

⁸⁹ Når det gjelder adgangen til å innvilge dispensasjon etter plbl. § 7, kan det vises til Høyesteretts nylige avgjørelse i den såkalte Tralfa-saken, som ikke ennå er inntatt i rettstidende. Dommen ble avsagt 15. februar 2007.

4.3.3. Skranker for beslutninger om rekkefølgebestemmelser

I det foregående, ble det redegjort for at kommunen har anledning til å stille rekkefølgekrav. Det neste spørsmålet blir de rettslige skrankene for kommunens adgang til å vedta slike krav. Hvor går grensen for hva kommunen kan og ikke kan gi bestemmelser om. Denne oppgaven skal vurdere forholdet mellom oppfyllelse av rekkefølgekrav og reglene om offentlige anskaffelser. Det er derfor ikke nødvendig eller hensiktsmessig å gå inn på noen drøftelse av enkeltheter i forhold rekkefølgekravenes gyldighet eller lovmessighet. For oppgavens del må det forutsettes at kommunens rettslige grunnlag for å fastsettelse av rekkefølgebestemmelsene ikke er omtvistet eller tvilsomt.

4.3.4. Oppsummering

Under gjennomgangen av grunnlaget for å gi reguleringsbestemmelser, har det fremgått at plbl. § 26 kan gi kommunen betydelig grad av styring og påvirkning knyttet til et prosjekts gjennomføring og utførelse. I forbindelse med denne oppgaven er det den type reguleringsbestemmelser som kalles rekkefølgebestemmelsene eller rekkefølgekravene som er det sentrale. Rekkefølgekravene kan fungere som en sperre som gir kommunen anledning til å hindre realiseringen av et byggeprosjekt, før det er oppført tiltak som beskrevet i rekkefølgebestemmelsene. Dersom utbygger klarer å realisere tiltaket i rekkefølgekravet, bortfaller i prinsippet⁹⁰ kommunens hjemmel for å nekte byggetillatelse for utbyggers prosjekt. På den bakgrunn kan det være svært aktuelt for utbyggere å oppføre tiltak etter krav i rekkefølgebestemmelser som et ledd i å realisere sitt eget prosjekt. Spørsmålet for denne oppgaven er da om kommunen gjennomfører en anskaffelse. Dette vil bli drøftet nærmere i kapittel 6.

4.4. Plan- og bygningslovens regler om utbyggingsavtaler

4.4.1. Innledning

Reglene om utbyggingsavtaler står i plan- og bygningslovens kapittel XI a og trådte i kraft 1. juli 2006. Plan- og bygningslovens § 64 sier at en utbyggingsavtale skal sikre

⁹⁰ Jeg går ikke nærmere inn på adgangen til å likevel avslå, men i stedet henviser til Pedersen m. fl. s. 401 flg.

gjennomføringen av en kommunal arealplan. Det finnes tre typer kommunale arealplaner. Den første er kommuneplanens arealdel, jfr. plbl. § 20-4. Den andre er reguleringsplanene, jfr. plbl. § 22 og den tredje typen kommunale arealplaner er bebyggelsesplanene, jfr. plbl. § 28-2. I denne oppgaven tas det utgangspunkt i at det skal gjennomføres en reguleringsplan.

Det sentrale i en utbyggingsavtale er at den skal bidra til at reguleringsplanen som kommunestyret har vedtatt, kan realiseres. Avtalene vil som oftest omhandle opparbeidelse av teknisk infrastruktur og/ eller gjennomføring av rekkefølgekrav.

4.4.2. Behovet for lovregulering

Bakgrunnen for ønsket om lovregulering av utbyggingsavtalene, var den økende bruken av slike avtaler kommunene⁹¹. Fra et økonomisk og politisk ståsted ble det reist bekymringer knyttet til om utbyggingsavtalene utviklet seg til å bli en beskatningsmetode for kommunene⁹². Dersom en utbygger for eksempel ønsket å gjennomføre et boligprosjekt, kunne kommunen gjennom en utbyggingsavtale tvinge utbygger til å måtte dekke vesentlig større deler av kostnadene for kommunal infrastruktur enn det plan- og bygningsloven i utgangspunktet åpner for. Disse utgiftene, eller betydelige deler av disse, ville så bli overført til utbyggers kunder gjennom prisfastsettelsen på boligene i prosjektet. Dermed ville boligkjøpere i et prosjekt med bakgrunn i en utbyggingsavtale måtte betale vesentlig mer for fellesskapsgodter som skoler og veier enn boligkjøpere i et prosjekt som var realisert etter de ordinære reglene i plan- og bygningsloven.

En annen bekymring var knyttet til bruken av offentlig myndighet som forhandlingskort, pressmiddel eller ytelse overfor en privat utbygger⁹³. Dette reiste spørsmålet om kommunen ville godta en høyere utnyttelse av et område enn ellers, dersom utbygger tilbød seg å bygge infrastruktur som kommunen ikke selv hadde økonomi til. Man kunne også se for seg tilfeller hvor kommunen nektet å regulere et område, med mindre det ble inngått en utbyggingsavtale hvor utbygger måtte akseptere betydelige byrder, i et slags "bytte" for en

⁹¹ NOU 2003 nr. 24, vedlegg 1 Bygningslovutvalgets faktaundersøkelse

⁹² Ot.prp.nr. 22 (2005-2005) s. 5

⁹³ Ot.prp.nr. 22 (2005-2005) s. 5

reguleringsplan eller rammetillatelse som ga utbygger muligheten til å utnytte sin egen tomt. Utbyggingsavtalene reiste også spørsmålet om kommunens anledning til å binde sin offentlige myndighetsutøvelse etter plan- og bygningsloven gjennom avtale. I tillegg til dette, var temaet for denne oppgaven også uavklart. Hvordan skulle utbyggingsavtalene sees på i forholdet til reglene om offentlige anskaffelser?

Plan- og bygningsloven har omfattende regler som tar sikte på å sikre offentlighet, medvirkning og debatt i tilnytning til planprosessene i kommunene. Gjennom inngåelse av utbyggingsavtaler kunne slike viktige prosesser bli satt ut av spill ved at kommune og utbygger ble enige om alt på bakrommet. På denne bakgrunn fant man behov for en lovregulering. Gjennom dette kunne de politiske bekymringene adresseres, de rettslige spørsmålene besvares og hensynet til åpenhet og offentlighet ved avtaleinngåelsene sikre sikres en større vekt. Lovreguleringen ble foreslått gjennom Ot.prp.nr 22 (2004-2005) og reglene, som ble inntatt i et nytt kapittel XI a i plan- og bygningsloven, trådte i kraft 1. juli 2006.

4.4.3. Rettslige rammer for inngåelse av utbyggingsavtaler

Plan- og bygningslovens kapittel XI a er det rettslige utgangspunktet for reglene om inngåelse av utbyggingsavtaler. Bestemmelsene regulerer tre forhold. For det første hvilke forutsetninger som må være til stede før en avtale kan inngås. For det andre hvilke særskilte regler som gjelder for saksbehandlingen og for det tredje hvilke avtalevilkår en utbyggingsavtale kan omfatte. Reglene om avtalevilkårene vil være det sentrale tema i denne sammenheng, men det gis også en kort gjennomgang av reglene om forutsetninger og saksbehandling for oversiktens skyld.

4.4.3.1. Forutsetninger for inngåelse av utbyggingsavtaler

Det sentrale forhold i en utbyggingsavtale er etter plbl. § 64 at den skal bidra til ”å gjennomføre en kommunal arealplan”. En grunnleggende forutsetning for inngåelse av en utbyggingsavtale, er dermed at det må foreligge et kommunalt vedtak om arealbruken knyttet til det aktuelle området. Kravet til vedtak om arealdisponering som forutsetning for avtale, følger også eksplisitt plbl. § 64 c fjerde ledd.

Kravet om plan må imidlertid ikke forstås slik at det vil være noe i veien for at planprosess og avtaleprosess kan gjennomføres parallelt. Departementet har utarbeidet et skjema som angir hvordan en slik parallellprosess kan gjennomføres⁹⁴. Planen må imidlertid være vedtatt før avtalen endelig kan inngås.

En kommune kan bare inngå en utbyggingsavtale, hvis den har oppfylt kravet som følger av plbl. § 64 a gjennom å fatte et såkalt *forutsigbarhetsvedtak*⁹⁵. I et forutsigbarhetsvedtak skal kommunestyret trekke opp rammene for bruken av utbyggingsavtaler i kommunen. Vedtaket skal klargjøre overfor grunneiere, utbyggere og publikum i hvilke tilfeller det kan påregnes krav om en utbyggingsavtale og hvilke avtalevilkår kommunen normalt vil ønske å regulere gjennom en slik avtale. På den måten vil aktørene på forhånd må kunne sette seg inn i hvilken politikk kommunen vil ha når det gjelder bruken av utbyggingsavtaler. Det er ikke et krav at forutsigbarhetsvedtaket må fattes i en egen sak og det vil være tilstrekkelig at dette gjøres for eksempel i forbindelse med kommuneplanen.

I departementets veileder⁹⁶ antydes noen av de forhold som bør berøres i forutsigbarhetsvedtaket. Det kan blant annet dreie seg om spørsmål om avtalene skal benyttes i hele eller bare for deler av kommunen, hvilke prioriteringer kommunen har i forhold til utbygging av kommunale tjenester og infrastruktur, prinsipper for kostnadsfordeling ved utbygging av infrastruktur og kommunens føringer i forhold til boligsosiale tiltak i nye utbygningsområder. Dersom forutsetningene er oppfylt, vil kommunen kunne gå videre i prosessen for å inngå utbyggingsavtaler.

4.4.3.2. Reglene om saksbehandling

Utgangspunktet for alle regler om saksbehandling i offentlige organer, er forvaltningsloven av 10. februar 1967, jfr. plbl. § 15. I plan- og bygningslovens kapittel XI a finnes særregler om saksbehandlingen ved inngåelse av utbyggingsavtaler. Sentralt for reglene er hensynet til offentlighet og medvikning.

⁹⁴ Departementets veileder for utbyggingsavtaler s. 29

⁹⁵ Departementets veileder til utbyggingsavtaler s. 9

⁹⁶ Veileder utbyggingsavtaler, KRD mai 2006 s. 10

Plbl. § 46 c første ledd, bestemmer at kommunen må *kunngjøre* at den starter forhandlinger om en utbyggingsavtale. Kunngjøringen kan sikre at naboer, friluftsf- og miljøvernorganisasjoner og eventuelle konkurrenter til kommunens forhandlingsmotpart vil kunne holde øye med prosessen og gjøre sine synspunkter gjeldende i forhold til forhandlingene. Når avtalen er fremforhandlet skal resultatet etter plbl. § 46 c tredje ledd, kunngjøres. Kravene til kunngjøring legger til rette for stor grad av åpenhet og gjennomsiktighet i prosessen. Dette vil inngi tillit og det vil kunne sikre at en utbyggingsavtale ikke overkjører viktige interesser, uten at dette i det minste er offentlig kjent.

Dersom utbyggingsavtalen forplikter utbygger til å bekoste tiltak eller den omhandler boligpolitiske spørsmål, skjerpes kravene til åpenhet ytterligere. En avtale med et slikt innhold, må etter plbl. § 64 c andre ledd, legges ut til offentlig ettersyn i 30 dager. Bakgrunnen for dette er at det kan være nærliggende å anta kommunen i en slik situasjon vil ha påtatt seg gjenytelser i avtalen. Offentligheten og ulike tredepartsinteressenter må derfor få anledning til å vurdere slike ytelser og eventuelt protestere, før avtalen endelig kan inngås.

En utbyggingsavtale kan etter plbl. § 64 d ikke påklages, verken av avtaleparten eller tredjepartsinteresser. Spørsmålet var drøftet av begge lovutvalgene, av departementet og ble et tema i Stortingets behandling. Bakgrunnen for at det ikke ble gitt klageadgang er følgende. Tredjepartsinteressene vil gjennom de ordinære reglene i forvaltningslovens kapittel VI, jfr. plbl. § 15, kunne påklage arealplanen som er grunnlaget for utbyggingsavtalen. En utbyggingsavtale vil, som det fremgår senere, normalt ikke kunne gå lenger enn planvedtaket, jfr. plbl. § 64 b første ledd. Dermed må tredjepartsinteressene antas å være tilstrekkelig ivaretatt ved sin mulighet til å angripe planen⁹⁷. Når det gjelder avtaleforholdet mellom utbygger og kommune og uoverensstemmelser om for eksempel

⁹⁷ Innst.O.nr. 73 (2005-2005) punkt 5.6.1

rimeligheten av et avtalevilkår, vil dette kunne angripes på ordinært vis med krav om domstolskontroll med avtalevilkår, for eksempel sensur etter avtalelovens § 36.

Kommunalkomiteen understreket at utbyggers rett til å reise søksmål ikke må begrenses⁹⁸.

4.4.3.3. Utbyggingsavtalenes avtalevilkår

Den sentrale bestemmelsen som regulerer hva som kan avtales i en utbyggingsavtale er plbl. § 64 b⁹⁹. Etter bestemmelsens første ledd kan utbyggingsavtalen gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i en arealplan. Avtalen kan med andre ord omfatte reguleringsbestemmelser gitt i medhold av plbl. § 26.

Etter plbl. § 64 b tredje ledd, kan avtalen også gå ut på *”at grunneier eller utbygger skal besørge eller helt eller delvis bekoste tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak”*. Tiltakene det her vises til er blant annet teknisk infrastruktur etter plbl. § 67¹⁰⁰ eller tiltak som følge av reguleringsbestemmelser etter plbl. § 26. Plbl. § 64 b fjerde ledd, åpner for at avtalen gå ut på at tiltakshaver eventuelt forskutterer kommunens utgifter til kommunale tiltak.

Utgangspunktet er dermed en utbyggingsavtale kan omhandle teknisk infrastruktur og oppfyllelse av rekkefølgekrav. Dette følger av at utbyggingsavtalens formål skal være å gjennomføre en plan og dens vedtak. Slike tiltak utgjør nettopp deler av en *plan og dens vedtak*.

Det finnes imidlertid også et tredje grunnlag for avtalevilkårene i en utbyggingsavtale. Departementet peker i veilederen på at *”hovedreglen bør være at forhold som kan reguleres i plan fastsettes gjennom bestemmelser til reguleringsplan etter § 26, og bare unntaksvis følger av utbyggingsavtale alene”*¹⁰¹. Med andre ord foreligger også en åpning for at det

⁹⁸ Innst.O.nr. 73 (2004-2005) punkt 5.6.2

⁹⁹ Boligpolitiske spørsmål i utbyggingsavtaler reguleres av plbl. § 64 b andre ledd, men slike problemstillinger er ikke tema for denne oppgaven

¹⁰⁰ Det kan også omfatte tiltak etter plbl. § 67a og § 69, men disse bestemmelsene har ikke vært en del av denne oppgaven

¹⁰¹ Veileder til utbyggingsavtale s. 20

kan inngås avtale om forhold som ikke følger direkte av planen. Dette kan også utledes av formuleringen i plbl. § 64 c tredje ledd, om gjennomføring eller delvis bekostning av *”tiltak som er nødvendig for gjennomføringen av planvedtak”*.

Grunnlaget for å avtale vilkår som går lenger enn planvedtak er den generelle avtalefriheten i norsk rett. Samtykke fra utbygger vil kunne gi grunnlag for avtalevilkår utover det som følger av plan. For eksempel kan det avtales at teknisk infrastruktur skal være av en høyere standard enn den plbl. § 67 gir grunnlag for. Det kan avtales oppføring av tiltak som ikke følger av reguleringsbestemmelser eller rekkefølgekrav. Dersom det skal avtales slike vilkår, er det nødvendig at utbygger vet at det er hans samtykke som muliggjør avtalevilkårene og at han har en reell mulighet til å avstå fra avtaleinngåelsen¹⁰².

Plbl. § 64 b, tredje ledd, legger imidlertid sterke begrensinger på hvilke vilkår som kan inngå i en utbyggingsavtale basert på avtalefrihet. Tiltaket må være *”nødvendig for gjennomføringen av planvedtaket”*. Videre lovfestes et forholdsmessighetsprinsipp ved at det aktuelle tiltaket må stå *”i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang”*. Vilkåret må dessuten stå i et rimelig forhold til *”kommunens bidrag til gjennomføringen av planen og forpliktelser”* og kostnadene må stå i et rimelig forhold til *”den belastning den aktuelle utbygging påfører kommunen”*. Forholdsmessighetsprinsippet det her er tale¹⁰³ om har sin bakgrunn i hensynet til å beskytte utbygger/grunneier mot fordyrende avtaler¹⁰⁴. Et av formålene med lovreguleringen var, som tidligere nevnt, å forhindre en situasjon hvor utbyggers ”samtykke” kunne åpne for betydelige overføring av kostnader på utbygger fordi kommunen ellers bare kunne la være inngå avtaler og dermed stanse en utbygging. Vilkåret om nødvendighet innebærer at tiltaket må ha en *direkte saklig* sammenheng med planen¹⁰⁵. At det er tale om oppfyllelse av rekkefølgekrav etter plbl. § 26 er normalt en god indikasjon på at et avtalevilkår er nødvendig. Kravet om *forholdsmessighet* vil dels henge sammen med utbyggingens størrelse og dels med i hvilken grad det er utbyggingen som utløser

¹⁰² NOU 2003 nr. 24 punkt 9.4.2

¹⁰³ Se i forhold til proporsjonalitetsprinsippet i punkt 2.3.2.4

¹⁰⁴ Innst.O.nr. 73 (2004-2005) punkt 5.4.1

¹⁰⁵ Veileder til utbyggingsavtaler s. 18

behov for tiltaket. Utbyggingsavtalen skal ikke finansiere mer av et tiltak enn den forholdsmessige delen som utbyggingen representerer. Avtalen kan ikke gå ut på at utbygger skal ta hele kostnaden for et tiltak som dekker et eksisterende behov og som hans utbygging bare forsterker. Et illustrerende eksempel kan være parkeringssituasjonen i et boligområde¹⁰⁶. En ny tomt i et eksisterende boligfelt skal bebygges, men kapasiteten på parkeringsplassen er allerede sprengt. Det i utgangspunktet være i strid med forholdsmessighetskravet om utbyggingsavtalen hadde gått ut på å dekke hele kostnaden for bygging av en ny parkeringsplass for alle bilene i området. Generer utbyggingen 20 nye biler, vil forholdsmessighetsprinsippet tilsi at det skal være kostnaden for 20 nye parkeringsplasser som kan kreves og avtalesfestes.

Gjennom Stortingets behandling av lovreguleringen av utbyggingsavtaler, ble det gjennomført en vesentlig endring i forhold til forslaget¹⁰⁷ fra regjeringen. Regjeringen hadde ment det ikke forelå noen begrunnelse for å lovregulere *hvilke typer* infrastruktur som det kunne gjøres avtaler om. Stortinget var imidlertid av en annen oppfatning. I merknadene til komiteens innstilling¹⁰⁸ uttrykte flertallet at

”Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet og Senterpartiet, støtter Planlovutvalgets forslag om å avgrense bruken av utbyggingsavtaler til kun å omfatte tiltak som kan defineres som teknisk infrastruktur. Dette vil skape klare rammer for innholdet i utbyggingsavtaler og bidra til forutsigbarhet for utbygger samt forhindre store kostnadsoverføringer til boligkjøper”.

Regjeringen ble på den bakgrunn bedt om å vedta en forskrift som kunne forby kommunene å ta inn avtalevilkår om bygging av såkalt *sosial infrastruktur*. Regjeringen fulgte opp dette og fastsatte Forskrift nr 453 av 20. april 2005. Forskriften lyder i sin helhet

¹⁰⁶ Det er etter forskrift ikke tillatt å avtalesfeste finansiering av skoler, men eksempelet illustrerer likevel forholdsmessighetskravet godt

¹⁰⁷ Ot.prp.nr. 22 (2004-2005)

¹⁰⁸ Innst.O.nr. 73 s. 4

”Det kan ikke avtales at grunneier eller utbygger helt eller delvis skal bekoste infrastruktur som skoler, barnehager, sykehjem eller tilsvarende tjenester som det offentlige i medhold av lov er forpliktet til å skaffe til veie. Med bekoste menes også utgifter i forbindelse med forskuttering, lån eller andre kredittytelser”.

Dette medfører imidlertid ikke at forskuttering av utgiftene til sosial infrastruktur er forbudt. Vilkåret er imidlertid at kommunen refunderer *alle grunneiers utgifter*¹⁰⁹. Gunstige eller rentefrie lån kan dermed ikke aksepteres.

4.4.4. Oppsummering

Utbyggingsavtalene representerer en særegen avtaleform. De bygger dels på avtalefrihet og dels på offentligrettslig myndighetsutøvelse. En utbyggingsavtale kan utformes på ulike måter, ha ulikt innhold og bygge på ulike oppgavefordelinger avhengig av hva som søkes oppnådd. Felles for avtalene er at de anviser en konkret løsning for gjennomføringen av en kommunal arealplan. Enhver avtale som oppfyller et slikt kriterium vil representere en utbyggingsavtale og må inngås i overensstemmelse med reglene i plbl. kapittel XI a. Gjennom å følge disse reglene, legges det til rette for åpenhet og medvirkning i prosessen, at avtalevilkårene blir balanserte mellom partene og at utbyggingsavtalene kan bidra en hensiktsmessig oppfyllelse av rekkefølgekrav og opparbeidelse av teknisk infrastruktur.

¹⁰⁹ Veileder til utbyggingsavtaler punkt 4.7

5. Er en utbyggingsavtale en offentlig anskaffelse?

5.1. Innledning

Det er frem til nå i oppgaven redegjort for reglene om offentlige bygge- og anleggskontrakter etter lov om offentlige anskaffelser og grunnlaget for inngåelse av utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven. I dette kapittelet skal det vurderes om en utbyggingsavtale i seg selv kan være en offentlig anskaffelse.

Utgangspunktet for drøftelsen er utbyggingsavtaler som går ut på at utbygger skal utføre et bygge- eller anleggsarbeid for å få gjennomføre sitt egentlige prosjekt. Altså slik at utbygger for eksempel bygger en gangbro som kommunen har krevd i en rekkefølgebestemmelse.

En utbyggingsavtale kan også gå ut på at kommunen skal utføre arbeidene, mens utbygger skal dekke hele eller deler av kommunens utgifter. I en slik modell er det imidlertid vanskelig å se for seg at anskaffelsesreglene vil få betydning for selve inngåelsen av utbyggingsavtalen. At en utbygger betaler kommunen for at kommunen skal bygge en vei eller skole, er i seg selv ingen anskaffelse. Kommunens kontraktsinngåelser om selve utføringen av byggearbeidene vil imidlertid måtte gjennomføres etter anskaffelsesreglenes prosedyrer. Men temaet for denne oppgaven er om inngåelsen av en utbyggingsavtale må følge anskaffelsesreglenes prosedyrer. I det følgende skal derfor en *utbyggingsavtale* forstås som en avtale som går ut på at utbygger skal oppføre tiltak som kommunen har krevd eller gitt pålegg om som vilkår for at bebyggelse av en tomt eller område kan gjennomføres.

5.2. Oppfyller utbyggingsavtaler vilkårene til offentlige bygge- og anleggskontrakter?

Spørsmålet blir om utbyggingsavtalene må ansees som offentlige bygge- og anleggskontrakter etter anskaffelseslovens § 3, jfr. anskaffelsesforskriftens § 4-1. Dette må avklares ved å undersøke om de fire vilkårene er oppfylt. Disse var som kjent knyttet til hvem som må være parter, hva slags arbeid som skal utføres, om avtalen er gjensidig bebyrdende og om det foreligger en skriftlig kontrakt.

5.2.1. Vilåret om hvem som må være parter

Spørsmålet er om partene ved inngåelsen av en utbyggingsavtale vil oppfylle vilkårene til hvem som må utgjøre partene i en offentlig bygge- og anleggskontrakt.

At vilåret om en *offentlig oppdragsgiver*, jfr. forskriftens § 4-1 litra c, er oppfylt, vil ikke være tvilsomt. Kommunen må nødvendigvis selv være part ved inngåelsen av en utbyggingsavtale, jfr. plbl. § 64 a. Kommunestyret eller kommuneadministrasjonen er utvilsomt en kommunal myndighet, jfr. anskaffelseslovens § 2.

Om kommunens motpart er en leverandør, jfr. forskriftens § 4-1 litra a, kan heller ikke i praksis antas å være tvilsomt. En grunneier eller utbygger vil være omfattet av den vide forståelsen som må legges til grunn for dette begrepet slik det ble redegjort for i punkt 3.3.2 i oppgaven.

Partsvilkårene for en offentlig bygge- og anleggskontrakt må således antas å være oppfylt ved inngåelsen av en utbyggingsavtale.

5.2.2. Vilåret om type arbeider

Spørsmålet er om arbeider som avtales i en utbyggingsavtale er en slik type arbeider som omtales i anskaffelseslovens § 3, jfr. anskaffelsesforskriften § 4-1 litra c.

Det er det åpenbart ikke mulig å gi noe generelt svar på dette. Det vil avhenge av innholdet i hver enkelt avtale. Det kan imidlertid minnes om at det første vurderingstemaet følger av

anskaffelsesforskriftens § 4-1 litra c, siste punktum, som krever det aktuelle tiltaket må oppfylle ”*en økonomisk og teknisk funksjon*”.

Dersom utbyggingsavtalen omhandler opparbeidelse av teknisk infrastruktur og kommer til erstatning for pålegg om opparbeidelse etter plbl. § 67, må vilkåret antas å være oppfylt. Vei, vann og avløp oppfyller utvilsomt i seg selv økonomiske og tekniske funksjoner. Tilsvarende vil normalt være tilfelle for tiltak som følge av rekkefølgebestemmelser etter plbl. § 26, for eksempel en gangbro.

Men som det har fremgått, er det ikke tilstrekkelig at tiltaket oppfyller en økonomisk og teknisk funksjon. Tiltaket må etter forskriftens § 4-1 litra c, også være på listen i forskriftens vedlegg 1 om ulike bygge- og anleggsarbeider eller oppfylle ”*krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver*”. Både pålegg om teknisk infrastruktur og vilkår om gjennomføring av rekkefølgekrav representerer krav fra en offentlig oppdragsgiver. De fleste tiltakene vil antagelig også være omfattet av kategoriene i forskriftens vedlegg 1.

Vilkårene om at avtalen må omhandle en bestemt type arbeider for å utgjøre en offentlig bygge- og anleggskontrakt, må dermed antas å være oppfylt ved inngåelsen av en utbyggingsavtale.

5.2.3. Vilåret om et gjensidig bebyrdende forhold

Spørsmålet er om forholdet mellom partene i en utbyggingsavtale må ansees som gjensidig bebyrdende, jfr. anskaffelsesforskrift § 4-1 litra c. Det er tidligere redegjort nærmere for hva som i denne sammenheng ligger i begrepet *gjensidig bebyrdende* og at det kan være tale om en økonomisk betydning, men også en byrde i en noe videre forstand.

Det må legges til grunn at kravet til byrde for den private part er oppfylt gjennom utbyggingsavtalen. Det mer kompliserte rettslige spørsmålet vil være om det foreligger forhold som kan karakteriseres som byrde også på kommunens side.

Det vil i hovedsak være to mulige grunnlag for at vilkåret kan være oppfylt for kommunens del. Det første grunnlaget kan være dersom det avtales at kommunen skal yte et pengevederlag. Det andre grunnlaget vil være dersom man kommer til utøvelse av myndighet gjennom avtalen må vurderes som tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret. Disse to grunnlagene vil bli vurdert i det følgende.

5.2.3.1. Grunnlag i pengeoverføring

Dersom kommunen etter avtalen skal yte pengevederlag for hele eller deler av oppføringen av tiltakene, vil vilkåret være oppfylt. Dette kan utledes av Roanne-dommen. I den aktuelle kontrakten var det avtalt at kommunen skulle yte et pengebeløp til sin medkontrahent som bidrag til finansieringen av byggearbeidene. EF-domstolens kom dermed til at avtalen var gjensidig bebyrdende¹¹⁰.

5.2.3.2. Grunnlag i myndighetsutøvelse

Det neste spørsmålet blir om avtaleforholdet kan være gjensidig bebyrdende også dersom det ikke skjer en pengeoverføring fra kommunens side, noe verken opparbeidelse etter plbl. § 67 eller oppfylling av rekkefølgekrav etter plbl. § 26 i utgangspunktet vil forutsette. Spørsmålet blir om kommunens myndighetsutøvelse kan være tilstrekkelig til å gjøre at avtalen må ansees å være gjensidig bebyrdende. I Scala-saken ble problemstillingen, i det minste indirekte, berørt. Forholdet var at italiensk plan- og bygningslov gjorde at Milano kommune kunne kreve et infrastrukturbidrag i forbindelse med utbyggingen i la Biocca-området. Dette ble frafalt av Milano kommune gjennom utbyggingsavtalen ved at utbygger påtok seg å oppføre tiltakene. Milano kommunes frafall av sin rett til å stille krav, ble ansett som tilstrekkelig for å oppfylle gjensidighetsvilkåret. Departementet kommenterte dette i sitt forslag til lovreguleringen av utbyggingsavtalene¹¹¹. Utgangspunktet er at en norsk kommune, som Milano, vil kunne frafalle utøvelse av myndighet etter plan- og bygningsloven og i stede avtaleregulere forpliktelsene, for eksempel etter plbl. § 67. Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt parallellen er særlig treffende. I Scala-saken frafalt

¹¹⁰ Roanne-dommen, premiss 45

¹¹¹ Ot.prp.nr 22 (2005-2005) s. 28

Milano kommune kravet på et pengevederlag. Det vil ikke i utgangspunktet være tilfelle for en norsk kommune.

Lasse Simonsen tok imidlertid til orde for en slik tilnærming i sin utredning til byggelovvalget i 2003. Han mente at for å forstå gjensidighetskravet i Scala-saken måtte man ”gå bak den formelle argumentasjonen og se at den reelle motytelsen det er tale om fra kommunens side, er byggetillatelsen”¹¹². En slik tilnærming kan virke noe fremmed i norsk rett. Myndighetsutøvelse ansees ikke vanligvis som en ytelse. Men også Pedersen m. fl. kan ha vært inne på Simonsens linje ved sin uttalelse om at ”den offentlige myndighet ikke er noe stat eller kommune fritt kan handle med. Det er likevel akseptert at det i noen grad er adgang til å bruke offentlig myndighet som et byttemiddel eller som forhandlingsressurs ved avtaleinngåelse”¹¹³. Departementet uttalte i forbindelse med lovreguleringen av utbyggingsavtalene, at man ikke kan ”se bort fra at en domstol vil anse en ren byggetillatelse som et ledd i en gjensidig bebyrdende kontrakt”¹¹⁴. Det kan derfor ikke utelukkes at myndighetsutøvelse kan ansees som en motytelse og være tilstrekkelig for at gjensidighetskravet er oppfylt. EF-domstolens behandling av Roanne-saken ser ut til å forsterke et slikt syn. Spesielt generaladvokatens uttalelse om gjensidighetskravet og at dette måtte omfatte “not only consideration in money but also any form of obligation”¹¹⁵ trekker klart i retning av dette.

5.2.3.3. Oppsummering

Som det har fremgått, er spørsmålet om avtaleforholdet mellom kommune og utbygger er av en gjensidig bebyrdende karakter ikke en problemstilling med en opplagt løsning. Dersom kommunen yter økonomiske bidrag til utbygger, må vilkåret i utgangspunktet være oppfylt. Tvilen melder seg når spørsmålet er om myndighetsutøvelse er tilstrekkelig. I den overnevnte proposisjonen fra regjeringen, lot departementet dette stå ubesvart og nøyde seg

¹¹² Simonsen 2003 s. 12

¹¹³ Pedersen m. fl. s. 604

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 22 (2005-2005) s. 28

¹¹⁵ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse, premiss 57

med å si at ”*det foreligger en rettslig usikkerhet om utbyggingsavtaler der grunneieren skal utføre et bygge- og anleggsarbeid, er omfattet av reglene om offentlige anskaffelser*”¹¹⁶.

Ut fra det som har vært redegjort for over, kan mye tale for at Simonsens syn må legges til grunn. Det kan særlig pekes på departementets uttalelse om at man ikke kan ”*se bort fra at en domstol vil anse en ren byggetillatelse som et ledd i en gjensidig bebyrdende kontrakt*”.

Denne uttalelsen, lest sammen med generaladvokaten i Roanne-sakens formulering om ”*any form of obligation*”, gjør at muligheten må holdes åpen for at myndighetsutøvelse er tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret. Også formålet med regelverket, nemlig å bidra til åpne for konkurranser om bygge- og anleggskontrakter, kan trekke i retning av at myndighetsutøvelse skal omfattes. Hvis man da, som EF-domstolen gjorde i Scala-saken¹¹⁷, vektlegger betydningen av en effektiv gjennomføring av formålet med direktivet, bør begrepet *gjensidig bebyrdende* også omfatte myndighetsutøvelse i en utbyggingsavtale.

Det må derfor kunne antas at vilkåret om at et gjensidig bebyrdende forhold mellom offentlig oppdragsgiver og leverandør ved inngåelse av en utbyggingsavtale, vil være oppfylt.

5.2.4. Vilåret om skriftlig kontrakt

Spørsmålet er om vilkåret i forskriftens § 4-1 litra a, om en skriftlig kontrakt er oppfylt ved inngåelsen av en utbyggingsavtale.

Man kan først spørre seg om det finnes noe annet enn en ren teoretisk mulighet for at utbyggingsavtaler ikke inngås skriftlig. Men om noen skulle klare å inngå en muntlig utbyggingsavtale, blir spørsmålet om det utelukker at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Forarbeidene til anskaffelsesloven avviser klart en slik tilnærming. Lovutvalget påpekte blant annet ”*det avgjørende for om det foreligger en bindende kontrakt i lovens forstand, er om oppdragsgiver er avtalerettslig bundet i forhold til leverandøren. Det følger av norsk avtalerett at en muntlig avtale er like bindende som en skriftlig*”¹¹⁸.

¹¹⁶ Ot.prp.nr. 22 (2005-2005) s. 28

¹¹⁷ Scala-dommen, premiss 55

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) bemerkning til § 7

Det mer kompliserte spørsmålet blir om utbyggingsavtalen kan sies å representere et *kontraktsmessig forhold* i anskaffelsesreglens forstand. Som det tidligere har fremgått, var kravet til kontraktsforhold et av de sentrale temaene i Scala-saken. Det er særlig spørsmålet om kommunen egentlig har noen mulighet til å velge sin motpart i en utbyggingsavtale som gjør at spørsmålet kan være tvilsomt. Kan man i det hele tatt se for seg at kommunen kan inngå en utbyggingsavtale, for eksempel om oppføring av teknisk infrastruktur, med andre enn grunneier? I Scala-saken fremførte generaladvokaten en slik innvending, men fikk altså ikke gehør hos EF-domstolen. Domstolen avviste at den manglende valgfriheten utelukket ”*the contractual element required*”¹¹⁹.

Det må også kunne påpekes at det ikke er gitt at valgmulighetene nødvendigvis er så begrenset som man kanskje skulle tro. Hvis man tenker seg et større område med flere tomter og flere grunneiere, er det fullt mulig at oppføringen av et bestemt rekkefølgekrav i reguleringsområdet kan tenkes utført av flere av disse. I en slik situasjon kan det vise seg å være forretningsmessig gunstig å bli den som er part i utbyggingsavtalen. Det kan for eksempel tenkes at den grunneieren som inngår utbyggingsavtalen med kommunen vil få anledning til å bygge sitt prosjekt allerede parallelt med oppføringen av rekkefølgekravet, mens de øvrige må vente til etter at rekkefølgekravet er oppført. På den måten kan det snarere være påkrevd at utbyggingsavtalene inngås etter prosedyrene for offentlige bygge- og anleggskontrakter, for å sikre at alle grunneiere og andre interessenter behandles likt.

I Scala-saken ble det også drøftet hvorvidt den inngåtte avtalen egentlig kunne sees på som en kontrakt eller om den måtte vurderes bare som en plan for gjennomføring av arbeidene som var krevd av Milano kommune¹²⁰. Man kan tenke seg en tilsvarende innvending også for utbyggingsavtalene i norsk rett. Etter plbl. § 64 b første ledd, kan avtalen i utgangspunktet ikke gå lenger enn reguleringsplanen den skal gjennomføre. Gir det på en slik bakgrunn mening å snakke om et kontraktsforhold, når avtalen ikke kan omfatte annet

¹¹⁹ Scala-dommen, premiss 74

¹²⁰ Scala-dommen, premiss 72

enn gjennomføringsplaner og bestemmelser for planen? Det er imidlertid ikke tvilsomt at innvendinger som dette må ansees som klart avvist av EF-domstolen gjennom Scala-dommen¹²¹. Det må også kunne bemerkes at innvendingen ikke er spesielt treffende. Den ser ut til å bygge på en forestilling om at en avtale om hvordan et arbeid skal gjennomføres ikke er et kontraktsforhold dersom målet for arbeidene er definert på forhånd. I så fall måtte en avtale om oppføringen av for eksempel et ferdighus av andre enn leverandøren, heller ikke ansees som et kontraktsforhold. En slik tilnærming gir åpenbart liten mening.

EF-domstolen har lagt en vid fortolkning av kontraktsbegrepet til grunn. Selv om det kan diskuteres både i hvilken grad det foreligger noen valgfrihet med hensyn til kontraktspartner og om utbyggingsavtalen egentlig er noe mer enn en gjennomføringsplan for allerede bestemte arbeider, er dette ikke tilstrekkelig for at vilkåret om kontraktsforhold mangler. EF-domstolens fortolkning vil også ha betydning for forståelsen av de norske reglene og det må derfor antas at anskaffelsesreglenes vilkår om en skriftlig kontrakt må være oppfylt ved inngåelsen av en utbyggingsavtale.

5.3. Konklusjon og konsekvenser

Som det har fremgått, vil en utbyggingsavtale oppfylle vilkårene for å være en offentlig bygge- og anleggskontrakt i anskaffelsesforskriftens forstand. EF-domstolens praksis og rettsanvendelse synes klart å tale for dette. Departementet anså spørsmålet som usikkert¹²², men både Planlovutvalget¹²³ og Byggelovutvalget¹²⁴ kom til at utbyggingsavtaler kunne representere offentlige anskaffelser.

Kai Krüger uttrykker seg imidlertid kritisk til rekkevidden av standpunktene til de to utvalgene i sin artikkel i Lov og rett i 2004. Han uttrykker usikkerhet om konklusjonen i Scala-saken ga uttrykk for et generelt syn, eller om det var særegenheter ved saksforholdet knyttet til italiensk plan- og bygningsrett som var utslagsgivende. Han trekker blant annet

¹²¹ Scala-dommen, premiss 72

¹²² Ot.prp.nr. 22 (2004-2005) s. 30

¹²³ NOU 2003 nr. 14 s. 340

¹²⁴ NOU 2003 nr. 24 s. 156

frem at utgangspunktet i saken var at det omtvistede arbeidet ”*skulle vært utført av kommunen selv mot betaling fra tiltakshaver. Ved avregning ”in natura” ble tiltakshaver fritatt fra å betale for dette*”. Krüger er videre i tvil om ”*resonnementet passer på normalordningen som går ut på at tiltakshaveren selv må påta seg – eller kan pålegges – å utføre arbeider i både egen interesse og for det offentlige*”¹²⁵. Krüger konkluderer imidlertid ikke med at utbyggingsavtaler går klar av anskaffelsesreglene og hans artikkel kan neppe tas til inntekt for et slikt syn.

I høringsuttalelsene¹²⁶ til lovreguleringen av utbyggingsavtalene, var flere tunge instanser inne på forholdet til anskaffelsesreglene. NHO skrev for eksempel at ”*EØS-regelverket må legges til grunn ved inngåelsen og gjennomføringen av utbyggingsavtaler*”. Kommunenes Sentralforbund, som politisk sett var uenige i konklusjonen, fremhevet at ”*norske myndigheter bør arbeide for at utbyggingsavtaler kan unntas fra direktivene på lang sikt*”.

Det må derfor etter min vurdering antas at en utbyggingsavtale, i den betydning som her er lagt til grunn, er omfattet av anskaffelsesreglene og at kommunene således er forpliktet til å følge de prosedyrer som lov og forskrift om offentlige anskaffelser forutsetter når det skal inngås en slik avtale.

Det har imidlertid vært antatt at Scala-dommen åpent for at kommunene ikke trengte å oppfylle anskaffelsesreglene på egen hånd. Dette vil være temaet i det neste punkt i oppgaven.

5.4. Kan anskaffelsesreglene oppfylles gjennom fullmektig?

I Scala-saken kom EF-domstolen til at alle vilkårene var til stede for at direktivet skulle komme til anvendelse. Avtalen var en offentlig bygge- og anleggskontrakt etter direktivets artikkel 1 litra a. Milano kommune var dermed forpliktet til å følge fellesskapsrettens prosedyrer for inngåelse av slike kontrakter.¹²⁷

¹²⁵ Krüger 2004 s. 368

¹²⁶ Referert i Ot.prp.nr. 22 (2004-2005) på s. 29 flg.

¹²⁷ Scala-dommen, premiss 99

Domstolen åpnet imidlertid for at det den fastlagte prosedyren etter direktivet ikke nødvendigvis måtte følges av kommunen selv. Direktivets intensjoner og formål kunne oppnås dersom kommunens medkontrahent selv kunne forpliktes til å følge prosedyrene med offentlighet, anbud og konkurranse for sine entrepriser. Domstolen fremhevet at *“the Directive would still be given full effect if the national legislation allowed the municipal authorities to require the developer holding the building permit, under the agreements concluded with them, to carry out the work contracted for in accordance with the procedures laid down in the Directive so as to discharge their own obligations under the Directive”*¹²⁸. Gjennom dette resonnement ble tiltakshaver sett på som en *“holder of an express mandate”*¹²⁹ og dermed en fullmektig for kommunen. Dersom kommunens fullmektige i en slik situasjon sørget for at prosedyrene ble overholdt, ville avtalen oppfylle EU-rettens krav for inngåelse av slike kontrakter. I norsk rett har fullmaktskonstruksjonen fra Scala-saken vært ansett som gjeldende rett¹³⁰.

Det må imidlertid sies å være usikkert om fullmaktskonstruksjonen kan opprettholdes. Bakgrunnen for denne usikkerheten er EF-domstolens behandling av Roanne-saken. Roanne-dommen kan tyde på at den praktiske åpningen som ble gitt i Scala-dommen kan være vesentlig mindre enn hva som har vært antatt.

I Roanne-saken kom domstolen til at avtalen mellom Roanne kommune og SEDL var en offentlig bygge- og anleggskontrakt som forpliktet kommunen til å følge anskaffelsesprosedyrene¹³¹. Utgangspunktet var dermed det samme som i Scala-saken. Men i Roanne-saken var kommunens motpart etter avtalen forpliktet til selv å følge anskaffelsesreglene. Domstolen viste til at direktivet ikke inneholdt noen bestemmelse som fritok kommunen fra prosedyrekravene ved kontraktsinngåelsen. Videre la domstolen vekt på at en løsning hvor kommunen inngikk avtale med en part som så skulle følge

¹²⁸ Scala-dommen, premiss 100

¹²⁹ Scala-dommen, premiss 100

¹³⁰ NOU 2003 nr 24 s. 156

¹³¹ Roanne-dommen, premiss 47

anskaffelsesprosedyrene på kommunens vegne, medførte en reell fare¹³² for at kommunens medkontrahent ikke satte ut oppdrag til en like stor verdi som utbyggingsavtalen representerte. Domstolen var bekymret for at et slikt arrangement ville medføre en oppstyking av den opprinnelige kontraktens verdi ved at de enkelte underkontraktene ville komme under terskelverdiene¹³³. Dermed kunne man omgå formålet med direktivet om å åpne offentlige bygge- og anleggskontrakter for anbud og konkurranse i hele EØS-området. På den bakgrunn avviste domstolen fullmaktskonstruksjonen i dette tilfellet. Om dette var uttrykk for et generelt synspunkt eller om det bygget på særskilte forhold i denne saken, kan være usikkert. Det kan imidlertid påpekes at SEDL var et halvoffentlig organ som etter utbyggingsavtalen skulle følge de fastsatte anskaffelsesprosedyrer¹³⁴. Å anta at forholdet ville vært bedømt annerledes om det hadde vært en ren privat aktør som Roanne kommune hadde inngått kontrakten med, ville fremstå som noe ulogisk. Roanne-dommen synes å forsterke inntrykket av at EF-domstolen ikke ønsker en pragmatisk utvikling i forhold til anskaffelsesreglene og bygge- og anleggskontrakter. Det kan derfor ikke utelukkes at domstolens syn på fraværet av en eksplisitt unntakshjemmel og faren for omgåelse, kan ha vært uttrykk for et generelt standpunkt. I så fall vil fullmaktskonstruksjonen ikke lenger kunne opprettholdes og anskaffelsesreglene vil komme til anvendelse allerede når kommunen inngår utbyggingsavtalen.

¹³² Roanne-dommen, premiss 67

¹³³ Beløpsgrenser for når en kontrakt må utlyses i hele EØS-området, i motsetning til kun nasjonal utlysning

¹³⁴ Roanne-dommen, premiss 66

6. Er oppfyllelse av reguleringsbestemmelser og opparbeiding av teknisk infrastruktur offentlige anskaffelser?

6.1. Problemstillingen

Planlovutvalget ga i sin innstilling i 2003 uttrykk for det generelle syn at *”arbeid som skal utføres for kommunen, skal settes ut på anbud”*¹³⁵. Men i setningen etter dette, hadde utvalget en interessant bemerkning om anskaffelsesreglene. Utvalget hevdet at *”disse reglene vil gjelde også for de arbeider som skal utføres som betingelse for at et område utbygges”*. Dessverre gikk ikke utvalget videre inn i dette. I det følgende skal det imidlertid gjøres et forsøk. I kapittel fire i oppgaven ble det vist at plan- og bygningsloven gir hjemmel for å sette vilkår for at et område kan utbygges. Slike vilkår kan være opparbeidelse av teknisk infrastruktur etter plbl. § 67 eller reguleringsbestemmelser og rekkefølgekrav etter plbl. § 26. Spørsmålet blir om planlovutvalgets formulering kan omskrives til at *anskaffelsesreglene gjelder også for arbeider som følger av plbl. § 67 og § 26 som betingelser for at et område utbygges*.

6.2. Likheter og ulikheter i forhold til utbyggingsavtalene

Et utgangspunkt kan være en tenkt utbyggingsavtale. Avtalen dreier seg om oppføring av teknisk infrastruktur etter plbl. § 67 og at det skal bygge en gangbro for å oppfylle et rekkefølgekrav etter plbl. § 26. Arbeidene var tenkt utført av utbygger, men avtalen antas da å bli omfattet av anskaffelsesreglene. Hvis man så fjerner den skriftlige utbyggingsavtalen fra tankeeksperimentet blir spørsmålet: Har hensynet bak anskaffelsesreglene også bortfalt. Skal arbeidet med den mye omtalte gangbroen nå gjennomføres uten at reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse? Et spørsmål blir om bortfallet av den skriftelige kontrakten vil representere et slikt forhold

¹³⁵ NOU 2003 nr. 14 s. 339

som vil være ”*sufficient to exclude the direct execution of works from the scope of the Directive*”¹³⁶ som EF-domstolen formulerte i Scala-saken.

I så fall oppstår den noe pussige situasjonen, at ved å inngå en utbyggingsavtale får man et relativt komplisert og til dels kostbart EØS-basert regleverk med på kjøpet, men hvis man rent faktisk unngår å inngå en avtale og i stedet bare gjennomfører pålegget, unngår man også reglene.

6.3. Forholdet til anskaffelsesreglenes formål

I Scala-salen uttalte EF-domstolen av direktivet må fortolkes “*in such a way as to ensure that the Directive is given full effect*”¹³⁷. Et av formålene med direktivet og anskaffelsesreglene, er å åpne for konkurranse og anbud knyttet til offentlige bygge- og anleggsarbeider. Hvis man skal sikre en slik full effekt som EF-domstolen var inne på, vil det være nærliggende å si at man må anvende reglene slik at færrest mulig bygge- og anleggsarbeider unntas fra konkurranse.

En mulighet vil derfor være å påstå at byggetiltak som skal gjennomføres med bakgrunn i plbl. § 67 eller § 26, ikke kan gjennomføres av utbygger direkte, men at arbeidet må tildeles med utgangspunkt i prosedyrene etter lov om offentlige anskaffelser. Dette vil for eksempel kunne gjøres ved utbygger ved innsending av sin rammesøknad ber kommunen om, eventuelt for hans regning, å gjennomføre anbudskonkurranser om oppføring av arbeidene etter § 67 og § 26. På den måten vil utbygger få fjernet sperrene for sin byggetillatelse, han kan delta i anbudsprosessen og man oppfyller målet om å åpne de offentlige bygge- og anleggskontrakter for konkurranse.

Om dette vil representere en holdbar løsning og en riktig fortolkning av anskaffelsesreglene, er imidlertid usikkert. I forarbeidene til lovendringen som tok inn bestemmelsene om utbyggingsavtaler i plan- og bygningsloven, uttalte departementet klart at opparbeidelse etter § 67 ”*omfattes ikke av regelverket for offentlige anskaffelser fordi det*

¹³⁶ Scala-dommen, premiss 66

¹³⁷ Scala-dommen, premiss 52

ikke er noen avtale i regelverkets forstand”¹³⁸. Det har departementet rett i. Spørsmålet blir om fraværet av avtale må være avgjørende for løsningen.

Kravet til skriftlighet kontrakt, må antas ikke å være tatt inn i anskaffelsesreglene og direktivet av tilfeldige årsaker. Det er en grunn til at vilkåret er inntatt i reglene og at det både i Roanne-dommen og Scala-saken ble vektlagt av EF-domstolen. Skriftlige avtaler gir etterprøvbarehet og forholdet mellom partene får en annen karakter når de velger å inngå en utbyggingsavtale, fremfor at de bare på hver sin kant oppfyller vilkår eller utøver myndighet. Årsakene til at det velges en avtale kan være sammensatt. Det kan blant annet begrunnes i ønske om smidighet i saksbehandlingen, sikkerhet for fremdrift eller ønske om bestemte finansieringsordninger. Men en konsekvens av den skriftlige avtaleinngåelsen, kan bli at forholdet faller inn under anskaffelsesreglene.

Hvis man kommer til at oppfyllelse av reguleringsvilkår uten avtale ikke representerer en offentlig anskaffelse, er det nærliggende å snu problemstillingen fra det forrige kapittelet stille følgende spørsmål: Hvis anskaffelsesreglene ikke slår inn når utbygger oppfyller krav etter § 67 og § 26, hvorfor slår reglene inn bare fordi oppfyllelsen avtalesfestes? Burde ikke en slik utbyggingsavtale også gå klar av reglene. Innvendingen kan nok være relevant, men det kan ikke være tvilsomt den er avvist gjennom EF-domstolens behandling av Scala-saken og Roanne-saken.

6.4. Konklusjon

Man kan rett nok innvende at en løsning der anskaffelsesreglene slår inn når det inngås avtale om gjennomføring av tiltak, men at gjennomføringen av tiltakene i seg selv ikke omfattes av reglene, kan mangle en indre logisk sammenheng. Et slikt problem må imidlertid løses av lovgiver eller domstol. Hvis målet er at alle bygge- og anleggsarbeider som gjennomføres som betingelser for at et område kan bebygges skal være omfattet av reglene, må anskaffelsesreglene endres eller tolkes på tvers av kravet om avtale. Alternativt må inngåelsen av utbyggingsavtalene eksplisitt unntas fra anskaffelsesreglene.

¹³⁸ Ot.prp.nr.22 (2004-2005) s. 28

Men før noe slikt skjer, eller EF-domstolen reverserer synspunktene i Roanne-saken og Scala-saken, er det neppe grunnlag for noen annen konklusjon enn at oppfyllelse av reguleringsvilkår etter plbl. § 67 eller § 26 ikke i seg selv representerer offentlige anskaffelser.

7. AVSLUTNING

I innledningen til oppgaven ble det stilt tre spørsmål. Det første var om det foreligger en offentlig anskaffelse dersom utbygger oppfører teknisk infrastruktur etter opparbeidelsesreglene i plan- og bygningsloven. Det andre spørsmålet var om det foreligger en offentlig anskaffelse dersom utbygger oppfører bygge- og anleggstiltak for å oppfylle reguleringsbestemmelser fastsatt av kommunen? Begge disse spørsmålene er i oppgavene besvart med at oppføringen slike tiltak, ikke vil rammes av anskaffelsesreglene. Det tredje spørsmålet var om det foreligger en offentlig anskaffelse dersom kommunen inngår en utbyggingsavtale der utbygger skal utføre et bygge- og anleggsarbeid for å oppfylle offentlige pålegg eller vilkår? Dette spørsmålet er besvart bekreftende med den følge at inngåelsen av en utbyggingsavtale¹³⁹ rammes av anskaffelsesreglene og at det ikke lenger er sikkert at reglene kan oppfylles gjennom fullmaktskonstruksjonen fra Scala-saken.

Dersom denne konklusjonen er korrekt, vil det kunne få konsekvenser for kommunenes inngåelser av utbyggingsavtaler og for innholdet i avtalene. I innledningen til oppgaven ble det vist til utbyggingsavtalen mellom Oslo kommune og Bjørvika Infrastruktur AS om byutvikling i Bjørvika som et eksempel¹⁴⁰. I sakssammendraget til bystyret står det på side en at ”*Bjørvika Infrastruktur AS bygger gater, gangveier, parker, allmenninger, plasser, havnepromenade, fjordutvidelser, vannkiler, kaifronter, elveløp med videre og overfører disse til Oslo kommune. Oslo kommune yter et anleggsbidrag på kr 300 mill*”. At avtalen er inngått skriftlig, mellom en offentlig oppdragsgiver og leverandør og at den tar sikte på oppføring av en type arbeider som er omfattet av anskaffelsesreglene, er ikke særlig tvilsomt. Når kommunen skal yte et såkalt anleggsbidrag på kr 300 millioner, må avtalen også klart være gjensidig bebyrdende. Avtalen kan dermed se ut til å oppfylle vilkårene for

¹³⁹ Det forutsettes at utbyggingsavtalen er som forutsatt i kapittel 5.1

¹⁴⁰ Oslo kommune bystyresak 246/2003, vedtatt 28. august 2003

ansees som en offentlige bygge- og anleggskontrakt. Dermed blir spørsmålet om anskaffelsesreglene skulle vært anvendt ved selve inngåelsen av avtalen. Det skal imidlertid ikke felles noen ”dom” over denne eller andre utbyggingsavtaler i denne oppgaven. Det kan imidlertid påpekes at spørsmålet om Bjørvika-avtalens forhold til anskaffelsesreglene, med fordel kunne være noe mer utfyllende problematisert i saksfremlegget fra byrådet enn setningen at ”*anskaffelsesreglene skal følges i den grad de kommer til anvendelse*¹⁴¹”. De fleste vil nok uten videre være enig i at regler som kommer til anvendelse skal følges. Spørsmålet som burde vært drøftet var om reglene kom til anvendelse.

Dersom konklusjonen i oppgaven er riktig, vil det kunne aktualisere innholdet i den tidligere omtalte høringsuttalelsen fra Kommunenes Sentralforbund¹⁴². Den var som nevnt kritisk til at kommunene ikke skal kunne inngå utbyggingsavtaler uten å forholde seg til det noe kompliserte anskaffelsesregelverket. I mange norske kommuner er grunn til å anta at anskaffelsesregler og EØS-forpliktelser ikke står øverst på dagsorden når ordførere og rådmenn skal sørge for en positiv utvikling i kommunen¹⁴³. Hensiktsmessighet og praktiske løsninger vil nok ofte prege drøftelsene mellom utbyggere og kommune i større grad enn spørsmål om EF-domstolens premisser i Roanne-dommen. Både Scala-saken og Roanne-dommen illustrerer imidlertid viktigheten av at kommunene sørger for at avtalene som inngås tar tilstrekkelig hensyn til forpliktelsene som ligger i anskaffelsesreglene. Det er ingen tvil om at anskaffelsesregelverket kan være komplisert og at utålmodige ordførere og rådmenn kan se på dem som hindringer for å skape en ønsket utvikling kommunen. Ikke desto mindre må kommunene, som Oslo kommune var inne på i Bjørvikasaken, følge reglene hvis de kommer til anvendelse. De kan velge å se på dette som et krav bare fordi det følger av loven eller de kan se på det som en metode for å sikre en effektiv bruk av kommunens ressurser. Det siste burde også være et viktig mål i kommunepolitikken. Som NHO var inne på ”*bygger regelverket på sunne samfunnsøkonomiske prinsipper som skal*

¹⁴¹ Byrådssak 207/2003 punkt 4.6

¹⁴² Referert i Ot.prp.nr.22 (2004-2005) på s. 29 flg.

¹⁴³ Se bl.a. Oslo kommunerevisjonsrapport 4/2007 – Offentlige anskaffelser og etterlevelse av regelverk

sikre effektivitet, gjennomsiktighet og god konkurranse”¹⁴⁴. Det bør være et godt grunnlag for hvordan man skal inngå en utbyggingsavtale.

¹⁴⁴ Referert i Ot.prp.nr. 22 (2004-2005) på s. 29 flg.

8. Kilderegister og litteraturoversikt

Lover

Lov av 14. juli 1985 nr 77, plan- og bygningsloven

Lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser

Lov av 27. november 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Forskrifter

Forskrift 402 av 7. mars 2006 om offentlige anskaffelser

Forskrift 453 av 20. april 2005 om forbud mot vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler

Forarbeider:

NOU 1983:15 Planlov

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

NOU 2003:14 Bedre kommunal og regional planlegging

NOU 2003:24 Mer effektiv bygningslovgivning

Ot.prp.nr. 56 (1984-85) Plan- og bygningslov

Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) Lov om offentlige anskaffelser

Ot.prp.nr. 22 (2004-2005) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven
(utbyggingsavtaler)

Innst.O.nr. 19 (2004-2005) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om endringer i lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. og enkelte andre lover og forslag fra stortingsrepresentantene Harald T Nesvik og Øystein Hedstrøm om lov om endring i lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v.

- Innst.O.nr. 73 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaker)
- St.prp.nr. 2 (2006-2007) Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 68/2006 av 2. juni 2006 om innlemmelse i EØS-avtalen av EU-rettsakter om offentlige anskaffelser mv.
- Innst.S.nr. 60 (2006-2007) Innstilling fra næringskomiteen om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 68/2006 av 2. juni 2006 om innlemmelse i EØS-avtalen av EU-rettsakter om offentlige anskaffelser mv.

Dommer avsagt av Norges Høyesterett:

Rt 2000 s.1811 – ”Finanger”

HR-2007-00326-A, avsagt av 15. februar 2007 - ”Tralfa”

Rundskriv og veiledere

Rundskriv H-5/02 *Juridiske spørsmål vedrørende utbyggingsavtaler i tilknytning til plan- og byggesaksbehandling*, fra Kommunal og regionaldepartementet

Rundskriv H-1/06 *Opparbeidingsreglene i plan- og bygningsloven § 67, og problemstillinger knyttet til disse reglene*, fra Kommunal og regionaldepartementet

Veileder for utbyggingsavtaler, utgitt av Kommunal- og regionaldepartementet mai 2006

Konvensjoner og traktater

EØS-avtalen:

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, av 2. mai 1994, inntatt i EØS-loven av 27. november 1992

GPA-avtalen:

Government Procurement Agreement (GPA-avtalen), av 15. april 1994

ODA-avtalen:

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, vedlegg til EØS-loven av 27. november 1992

EF-traktaten:

Treaty establishing the European Economic Community (EEC) av 25. mars 1957 (Roma-traktaten)

EU-direktiver

Council directive 93/37/EEC av 14. juni 1993, concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts

Directive 2004/18/EC av 31 mars 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts

Dommer avsagt av EF-domstolen:

43/75 avsagt 8. april 1976 - Gabrielle Defrenne mot Sabena, "Defrenne II"

C-243/89 avsagt 22. juni 1993 - Commission of the European Communities mot Kingdom of Denmark, "Storebælt"

C-1765/98 avsagt 2. desember 1999 - Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari, "Holst Italia"

C-399/98 avsagt 12. juli 2001 - Ordine degli Architetti mot Comune di Milano, "Scala"

C-220/05 avsagt 18. januar 2007, Jean Aurox and others mot Commune de Roanne, "Roanne"

Bøker:

Pedersen 2000:

Odd Jarl Pedersen, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Audvar Os og Stein Ness, *Plan- og bygningsrett*, Universitetsforlaget.

2000 ISBN 82-518-3632-8

Sejersted 2001:

Fredrik Sejersted; Finn Arnesen; Ole-Andreas Rognstad , Stein Foyn og Helge Stemshaug, *EØS-rett*, Universitetsforlaget

1995 ISBN 82-00-22469-4

Artikler:

Krüger, Kai, *Utbyggingsavtaler og OPS*. I: Lov og rett, 2004, s. 360

Rapporter og undersøkelser

Bygningslovsutvalgets faktaundersøkelse. Vedlegg 1 i NOU 2003:24 *Mer effektiv bygningslovgivning* s. 179 flg

Simonsen 2003:

Simonsen, Lasse, *Utbyggingsavtaler og offentlige anskaffelser*. Utredning av 20. juni 2003 til Bygningslovutvalget i NOU 2003 nr. 24.

Oslo kommunerevisjonsrapport 4/2007 – *Offentlige anskaffelser og etterlevelse av regelverk*

Saker fra Oslo kommune:

Byrådssak 207/03 av 31. juli 2003 – Bjørvika – Utbyggingsavtale

Bystyresak 246/03 av 27. august 2003 – Bjørvika – Utbyggingsavtale

Byrådssak 149/06 av 29. juni 2006 - Grefsen stasjonsby. Reguleringsplan. Boliger, kontor, forretning, bevertning, barnehage og fellesareal. Bydel Sagene.